

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES CONVENTIONS D'IRRESPONSABILITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le Mardi 9 Juin 1931, à 1 h. 30

par

Paul-J. DURAND

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris
et du Concours général des Facultés de Droit 1928
Prix Goullencourt (Licence) 1928, Prix Rossi 1929.

Président : M. G. RIPERT, Professeur ;

Suffragants { M. J. de la MORANDIÈRE, Professeur ;
 { M. Maurice PICARD, Professeur.

LIBRAIRIE DES JURIS-CLASSEURS - EDITIONS GODDE

ANCIENNE MAISON MARCHAL ET BILLARD

LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION

25-27, Place Dauphine, PARIS (1er).

1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES CONVENTIONS D'IRRESPONSABILITÉ

DES CONVENTIONS D'IRRESPONSABILITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le Mardi 9 Juin 1931, à 1 h. 30

par

Paul-J. DURAND

Lauréat de la Faculté de Droit de Paris
et du Concours général des Facultés de Droit 1928
Prix Goullencourt (Licence) 1928, Prix Rossi 1929.

Président : M. G. RIPERT, Professeur ;

Suffragants { M. J. de la MORANDIÈRE, Professeur ;
 { M. Maurice PICARD, Professeur.

LIBRAIRIE DES JURIS-CLASSEURS - EDITIONS GODDE

ANCIENNE MAISON MARCHAL ET BILLARD

LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION

25-27, Place Dauphine, PARIS (1er).

1931

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	
1. Apparition des « clauses de non-responsabilité », leur étrangeté. — 2. Incertitudes actuelles quant à leur validité et à leur portée. — 3. Difficultés de leur étude. A) Délicatesse des notions mises en œuvre; B) Imprécision de ces conventions. — C) 4. Différences de fond entre les clauses : les unes modifient les conditions d'existence de la responsabilité, les autres (clauses d'exonération au sens strict) déclinent une responsabilité née du contrat ou de la loi. — 5. Conséquences de cette idée directrice. — 6. Nécessité d'éliminer au préalable le problème de l'acceptation de la clause	23
CHAPITRE PRELIMINAIRE : DE L'ACCEPTATION DES CONVENTIONS D'IRRESPONSABILITE.	
7. Conventions formelles et conventions tacites	33
Section I. — Le consentement du créancier et les clauses formelles d'irresponsabilité.	
8. Distinction des problèmes législatif et interprétatif. — 9. Elimination par la jurisprudence de la notion de contrat dit d'adhésion. Leur soumission aux règles générales des contrats. Nécessité de la connaissance de la	

clause. — 10. Sens de ce terme. — 11. Mélange de clauses imprimées et de clauses manuscrites. — 12. Exigence de forme spéciale au droit maritime : signature du connaissement par le chargeur. — 13. Conclusion sur ce premier ordre de difficultés. — 14. L'interprétation jurisprudentielle des conventions d'irresponsabilité : A) Principe de l'interprétation restrictive. — 15. B) La notion de clause de style	34
---	----

Section II. — L'acceptation des risques.

16. Position du problème. Place de l'acceptation des risques dans la théorie générale des clauses d'exonération. — 17. Acceptation formelle du risque. Déplacement du risque contractuel. Autorisation de recourir à un procédé dangereux d'exécution du contrat. — 18. Acceptation implicite des risques : Idées diverses que recouvre ce terme. — 19. Substitution de règles particulières à la règle générale d'appréciation de la faute. — 20. Rapports de l'acceptation des risques et de la faute de la victime. Leur contenu. — 21. Interdiction de s'exposer aux risques. — 22. L'exposition aux risques et l'exercice des droits. — 23. L'exposition aux risques et le devoir d'agir. — 24. Devoir de prudence naissant de l'exposition à un danger. Intérêt du problème en matière contractuelle. La modération de l'obligation de sécurité. — 25. Domaine propre de l'acceptation des risques. — 26. L'acceptation des risques et la responsabilité contractuelle. — 27. L'acceptation des risques et la responsabilité délictuelle : A) L'arrêt Hurtault. — B) 28. La responsabilité du transporteur bénévole — 29. Réduction de l'acceptation des risques à la faute de la personne transportée. — 30. Réduction de l'acceptation des risques à une clause d'exonération. — 31. Réduction de l'acceptation des risques à la participation

	Pages
à l'usage de la chose. — 32. Conséquences de cette théorie. L'article 1384 et le transfert de la garde. — 33. L'article 1384 et l'obligation contractuelle de participation à l'usage. — 34. Conclusion	59

PREMIERE PARTIE. — DES CONVENTIONS AYANT POUR BUT DE DETERMINER LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA RESPONSABILITE.

35. Dualité des problèmes soulevés par les conventions en matière contractuelle. — 36. Distinction des conventions relatives à la responsabilité contractuelle ou à la responsabilité délictuelle	105
---	-----

I. — Les conventions déterminant les conditions d'existence de la responsabilité contractuelle et la jurisprudence.

37. Clauses déterminant l'étendue des obligations. Clauses étendant les causes d'exonération de la responsabilité contractuelle	108
--	-----

CHAPITRE PREMIER. — CONVENTIONS DETERMINANT L'ETENDUE DES OBLIGATIONS DU DEBITEUR.

38. Position du problème. L'incertitude légale et jurisprudentielle du contenu de l'obligation	109
--	-----

SECTION I. — IRRESPONSABILITE REALISEE PAR LA DISPARITION DE LA QUALITE A LAQUELLE LA LOI ATTACHE L'OBLIGATION DE REPARATION.

39. Utilisation de ces clauses dans les contrats de vente, de louage de services, de transport maritime	114
---	-----

SECTION II. — CLAUSES SUBSTITUANT A UNE OBLIGATION DE RESULTAT UNE AUTRE OBLIGATION DU MEME GENRE MOINS LOURDE POUR LE DEBITEUR.

40. I. Clauses laissant indéterminé l'un des éléments du contrat. — II. Clauses substituant une prestation à une autre.

I. *Clauses d'indétermination d'un élément du contrat.*

A. 41. *Clause d'indétermination de l'objet : 1°*

Clause de non-garantie de la contenance. Analyse de l'obligation de garantie. Sa dépendance par rapport à une qualité matérielle de l'objet de la vente. Différence de ce point de vue entre cette garantie et garantie d'éviction. — 42. Analyse de la clause de non-garantie. L'indétermination de l'objet de la vente. Effets divers de la clause selon la fonction de l'indication de la contenance dans le contrat de vente. — 43. Limitation légale des effets de la clause : Dol. Connaissance de l'inexactitude de la contenance. Limitation jurisprudentielle : la clause de style. — 44. 2° Clauses d'indétermination dans les ventes commerciales : clause environ. 10 % en plus ou en moins. Difficultés d'interprétation. — 45. Clauses relatives au pourcentage d'avaries. — B. 46. *Clauses d'indétermination du délai.* — Vente sur embarquement. Vente à livrer. Réduction des clauses d'exonération du retard à une clause d'indétermination du délai. — 47. Clauses stipulées au profit de l'acheteur. — C. 48. *Clauses d'indétermination du prix* 119

II. 49. *Clauses de substitution d'une prestation à une autre.*

50. Clause de renseignements purement indicatifs des agences de renseignements. — 51. Clause d'information à titre documentaire en matière de presse. — 52. Clause de renseignements purement indicatifs des prospectus des banques dans l'émission des actions. — 53. Lien de ces dernières clauses avec celles qui visent l'indétermination d'un élément du contrat, la faute de la victime, l'absence de toute responsabilité 142

Pages

SECTION III. — CLAUSE SUBSTITUANT A UNE OBLIGATION DE RESULTAT UNE OBLIGATION DE MOYEN.

54. I. Principe de la distinction des deux séries d'obligations. — II. Réduction d'une obligation de résultat à une obligation de moyen.

Principe de la distinction.

55. Différences entre les deux obligations du point de vue de la preuve. Obligation du créancier de prouver la faute au cas d'obligation de moyen. Ressemblance de fait de cette preuve et de celle de l'article 1382 C. civ. — 56. Confusion due à cette ressemblance. Caractère contractuel de la responsabilité médicale. — 57. Problèmes analogues. — 58. Difficultés éprouvées dans certains cas limites à distinguer si la preuve de la faute tient à la violation d'une obligation de moyen ou à la mise en jeu d'une responsabilité délictuelle. — 59. Difficultés tenant à la combinaison d'une obligation de moyen et d'une obligation de résultat. — 60. Recherche d'un critérium de l'obligation de moyen 152

Réduction de l'obligation de résultat à l'obligation de moyen.

61. Possibilité d'une telle convention. Analyse et portée de l'article 1137 C. civ. — 62. Distinction de cette opération et d'une clause de non-responsabilité. — 63. Distinction de deux problèmes : A) Limitation implicite, au cas de service gratuit, de la diligence normale; B) 64. Limites de l'autonomie de la volonté. — 65. Interdictions exceptionnelles de limitation de diligence 168

SECTION IV. — DESTRUCTION RADICALE D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE.

66. Limitation normale de la destruction d'une obligation, aux obligations secondaires du

contrat. — 57. Clauses niant l'existence d'un rapport contractuel. — 68. Clauses affectant une obligation accessoire d'une condition purement potestative. — 69. Clause de non-garantie d'éviction. — 70. Clause de non-garantie des vices cachés. Responsabilités particulières du vendeur constructeur et du vendeur professionnel	178
--	-----

*CHAPITRE II. — CONVENTIONS MODIFIANT LES
REGLES LEGALES D'EXONERATION DU DEBITEUR.*

71. Distinction des clauses relatives au cas fortuit et à la force majeure, à la faute de la victime, à la preuve de la correction de l'exécution	193
---	-----

*SECTION I. — CONVENTIONS RELATIVES AU
CAS FORTUIT ET A LA FORCE MAJEURE.*

72. Principe de la validité de ces clauses. — 73. Délicatesse de leur mise en jeu. — 74. Obligation de déterminer de façon précise le fait libératoire. — 75. Obligation semblable pour la détermination de l'effet libératoire. — 76. Rapprochement entre la convention d'extension des cas fortuits et la clause d'exonération : A) Réduction de la clause de non-responsabilité à une clause d'extension des cas fortuits; B) Réduction de cette dernière clause à une convention de non-responsabilité	193
--	-----

*SECTION II. — CONVENTIONS RELATIVES A LA
FAUTE DU CREANCIER.*

77. Leur caractère anormal. — 78. Interdiction de faire un acte. — 79. Obligation de faire un acte : dépôt d'hôtellerie, clauses insérées sur les carnets de chèques — 80. Rappel ..	202
--	-----

Pages

SECTION III. — CONVENTIONS RESERVANT AU
DEBITEUR LA PREUVE DE LA CORRECTION
DE L'EXECUTION DE L'OBLIGATION.

81. Nature. — 82. Clause de constatation d'un fait éventuellement libératoire. — 83. Clause de reconnaissance de l'exécution de l'obligation 209

II. — Notions limitant en matière contractuelle le droit
pour le débiteur de déterminer les conditions d'existence
de sa responsabilité.

84. Dénaturation du contrat. Dénaturation de la clause 216

CHAPITRE PREMIER. — DENATURATION DU CON-
TRAT ET MAINTIEN D'UN MINIMUM CONTRAC-
TUEL.

85. Position du problème. Etude de la gravité de l'atteinte portée à un élément essentiel du contrat. — A) 86. Destruction du consentement. Obligation sous condition potestative. Constitution d'un droit personnel ou réel contre un débiteur ou sa chose. 1° Clauses insérées dans le contrat de vente. — 87. Clause d'exploitation régulière de la mine. — 88. Clause d'exonération des dommages causés par les lapins. — 2° 89. Clauses insérées dans le contrat de bail. — 3° 89. Clauses insérées dans le contrat de dépôt. — B) 90. Destruction de l'objet. — L'arrêt Chambre de commerce du Havre et Currie. — L'arrêt Compagnie générale Transatlantique c. Soc. des Usines Renault. — C) 92. Réduction du problème de la destruction du contrat, à celui de la destruction de la cause. — 93. Limitation par cette notion du droit de déterminer l'étendue de certaines obligations professionnelles. — 94. Limitation par le législateur et l'ordre public du droit de s'affranchir de certaines obligations : Louage de travail. Contrat d'as-

	Pages
surances, Contrat de transport terrestre (impossibilité de destruction de l'obligation de sécurité)	217
 <i>CHAPITRE II. — DENATURATION DE LA CLAUSE.</i>	
95. Position du problème. Dualité des conceptions relatives à l'abus du droit : intention nocive de l'agent. Détournement de la finalité du droit. — 96. Conséération par la jurisprudence en matière de conventions d'irresponsabilité de cette seconde théorie. Hétérogénéité de cette solution et de la notion d'abus du droit. — 97. Destruction conventionnelle de la dénaturation de la clause. Ses limites	245
 <i>III. — La jurisprudence et les clauses de modification de la responsabilité délictuelle.</i>	
98. Originalité de ces conventions	251
 <i>CHAPITRE PREMIER. — CLAUSES RELATIVES AU FAIT PERSONNEL.</i>	
99. Clauses relatives à la faute de l'auteur. — 100. Clauses relatives à la faute de la victime. — 101. Clauses relatives à la preuve de l'absence de faute	252
 <i>CHAPITRE II. — CLAUSES RELATIVES A LA RESPONSABILITE DU FAIT D'AUTRUI.</i>	
102. Position du problème. Opposition entre les clauses de modification des conditions d'existence de la responsabilité et les conventions voisines. Distinction de deux séries de clauses — A) 103. Délimitation des fonctions du préposé. — B) 104. Attribution conventionnelle de la qualité source de la responsabilité. Restriction de l'étude à la responsabilité du commettant. — 105. Solution du problème par l'idée d'attribution conventionnelle d'un risque. — 106. Soumission de la validité des con-	

	Pages
ventions au déplacement des conditions objectives de naissance de la responsabilité. Conséquences. — 107. Principe de la validité des clauses. — 108. Limitations nécessaires	257

CHAPITRE III. — CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITE DU FAIT DES CHOSES.

109. Particularités des conventions relatives à la garde. — 110. Détermination de la garde et du gardien. — 111. Applications : remise de l'objet à un professionnel. Qualité de gardien du préposé. Garde de la chose volée. — 112. Mise en œuvre des notions de garde et de gardien pour apprécier la validité des clauses relatives à la garde. — 113. Rapports des conventions de déplacement de la préposition et de la garde	280
--	-----

IV. — Validité des conventions modifiant en matière délictuelle les conditions d'existence de la responsabilité.

114. Principe général : disparition en une personne des éléments constitutifs de la responsabilité. — 115. Clauses relatives au fait personnel : Caractère de l'art. 1382 C. civ. — 116. Clauses relatives au fait d'autrui : effet à l'égard des tiers. — 117. Clauses relatives à la garde : effet à l'égard des tiers. — 118. Détermination de l'autorité chargée du contrôle des qualités de commettant et de gardien et la réalité des déplacements de responsabilité	295
--	-----

DEUXIEME PARTIE. — CLAUSES AYANT POUR OBJET LA LIMITATION OU L'EXONERATION DES CONSEQUENCES D'UNE RESPONSABILITE RECONNUE.

(Clauses dites de limitation ou d'exonération de responsabilité)

119. Distinction de ces conventions et de celles qui limitent l'étendue des obligations. Détermination des données du problème. — 120.
--

Elimination des textes romains. — 121. Elimination des textes législatifs prohibant ou validant les clauses d'exonération. — 122. Elimination des articles 1137, 1927, 1928 et 1992 C. civ., des articles 1627 et s., des articles 2044 et 2046, de l'article 1152 C. civ. Réduction des données aux articles 6 et 1134. — 123. L'article 353 C. com. L'assurance des fautes et la clause de non-responsabilité. Confusion originaire. Conséquences. — 124. Critique de l'assimilation. — 125. Analogie partielle entre les deux conventions. — 126. Opposition des clauses d'exonération et de limitation de responsabilité (I) et des clauses de substitution de responsabilité, et d'association d'assurance et de clauses d'exonération (II)	303
--	-----

Chapitre Premier. — Des clauses d'exonération et de limitation de responsabilité.

127. Première précision. Nécessité de la mise en jeu d'une responsabilité et de l'acceptation d'une clause d'exonération. — 128. Seconde précision. Similitude de traitement en matière contractuelle des clauses relatives à la responsabilité personnelle du débiteur ou à celle qu'il encourt du fait de ses aides. Analyse de cette dernière responsabilité. — 129. Indication de l'ordre rationnel des problèmes à étudier	324
---	-----

SECTION I. — LES CLAUSES D'EXONERATION DE RESPONSABILITE ET LA JURISPRUDENCE.

130. Distinction de quatre systèmes entre lesquels se partage ou s'est partagée la jurisprudence française. — 131. Nullité absolue. — 132. Renversement de la charge de la preuve. — 133. Validité dans la mesure de la faute légère. — 134. Validité complète ..	332
---	-----

Pages

*SECTION II. — DETERMINATION DU SYSTEME
DE DROIT COMMUN CONSACRE PAR LA COUR
DE CASSATION.*

135. Elimination du système de la nullité absolue. — 136. Elimination du système de la validité complète. — 137. Discussion des arrêts relatifs à l'exonération de la faute légère. — 138. Reconnaissance du système du renversement de la preuve comme de droit commun dans les arrêts de la Cour de cassation. 342

*SECTION III. — LES CLAUSES LIMITATIVES DE
RESPONSABILITE.*

139. Définition et effet de la clause limitative. Distinction d'avec la clause pénale. — 140. Différences quant aux causes entravant l'application de l'une et l'autre clause. — 141. Caractère forfaitaire de la clause limitative. — 142. La clause limitative dérisoire. — 143. Faveur de la jurisprudence à l'égard de la clause limitative. Explication de ce trait. — 144. Difficultés de détail 358

*SECTION IV. — EXAMEN CRITIQUE DE LA SOLUTION
DE DROIT COMMUN DE LA COUR DE CAS-
SATION.*

145. Tentatives d'explication de la jurisprudence du renversement de la preuve. — 146. Explication historique : discussion de l'influence de Troplong. — Explication de la jurisprudence par une mise au point de la théorie initiale de la nullité de la clause d'exonération. — 147. Justification juridique : (Système de Troplong). Convention sur la force majeure. Convention sur la charge de la preuve. Explication par la sous-jacence de la responsabilité délictuelle. — 148. Analyse des deux propositions contenues dans cette théorie : I) Cumul des responsabilités. II) Caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle.

I. — CUMUL DES DEUX RESPONSABILITES. — 149. Thèse du cumul : dualité des responsabilités contractuelle et délictuelle. — 150. Critique juridique. — 151. Manque de concordance avec la jurisprudence : Examen des jurisprudences belge et française. — 152. Essai d'une théorie atténuée du cumul. Conséquences quant à la validité des clauses d'exonération. Rejet de cette tentative. — 153. Principe du non-cumul : difficultés quant au dol, — à la faute pénale.

II. — CARACTERE D'ORDRE PUBLIC DE LA RESPONSABILITE DELICTUELLE. — 154. Part de vérité de cette proposition. Sa limitation nécessaire : indifférence de l'article 1382 à une convention de non-responsabilité de la faute personnelle. Nécessité d'admettre des dérogations conventionnelles à l'article 1382 pour expliquer certaines solutions de la jurisprudence. — 155. Conclusion : Identité foncière de la faute contractuelle et délictuelle, malgré des différences formelles dans l'organisation technique des deux responsabilités.

III. — 156. IMPOSSIBILITE D'EXPLICATION DU RENVERSEMENT DE LA PREUVE PAR LA THEORIE DU CUMUL. — 157. Dangers de l'explication proposée : le cumul des responsabilités et l'art. 1384 et ss., C. civ.

IV. — 158. CONCLUSION. Signification de la jurisprudence 368

SECTION V. — VALIDITE ET EFFETS DE LA CLAUSE D'EXONERATION ET DE LA CLAUSE LIMITATIVE.

159. Distinction de différentes difficultés.

I. — LIAISON DE LA VALIDITE DE LA CLAUSE ET DE L'AVANTAGE RETIRE PAR LE CREANCIER. — 160. Validité de

Pages

la clause apparaissant comme nettement consentie par le créancier. Systèmes législatifs s'inspirant de cette idée. Limitation de ce principe au domaine législatif. — 161. Tentative de discussion de la valeur du consentement du créancier par la notion de cause. Conséquence de cette théorie. Rejet.

II. — 162. EXAMEN DES DIVERSES OBJECTIONS FAITES A LA VALIDITE DE LA CLAUSE. — Critique tenant à ce que la clause conférerait le droit de mal agir. — 163. Argument tiré de l'article 1134 C. civ. et de la bonne foi contractuelle. — 164. Immoralité de la clause. Rappel de la solution de la morale au regard de la faute.

III. — 165. PRINCIPE DE LA VALIDITE DE LA CLAUSE D'EXONERATION DE LA FAUTE CONTRACTUELLE OU DELICTUELLE. — 166. Exclusion du dol. — 167. Exclusion de la faute lourde : limitation à la faute légère de l'effet exonératoire. — 168. Comparaison du système proposé et des droits admettant plus largement l'exonération. Opposition de principe, analogies des solutions de fait. Allemagne, Suisse. — 169. Dangers d'admettre plus largement l'exonération dans le droit positif français. La jurisprudence belge et l'exonération du dol des préposés. — 170. Idée à retenir de cette jurisprudence : validité de la négligence clause. — 171. Comparaison du système proposé et des droits étrangers qui admettent l'exonération de la faute légère : Belgique, Italie. Jurisprudence des tribunaux mixtes d'Egypte. Projet franco-italien de code des obligations.

IV. — 172. CONSTRUCTION SUR CETTE BASE DE LA THEORIE DES CLAUSES D'EXONERATION. — 173. A) Détermination de la charge de la preuve de l'applica-

tion éventuelle de la clause. Critique de l'obligation de preuve imposée au créancier. — 174. Sa justification partielle : au cas de délimitation de l'étendue des obligations. — 175. B) La clause limitative de responsabilité : critique de son assimilation à la clause pénale. — 176. Conséquences. — 177. C) Les clauses d'exonération et de limitation de responsabilité au cas de contrat relatif à la personne humaine. Les clauses d'exonération de la responsabilité professionnelle. — 178. D) Interprétation de la clause en fonction de la volonté des parties. Rappel. — 179. La clause d'exonération et l'action d'avaries. — 180. Détournement de la clause de sa finalité. L'arrêt Teissier. — 181. E) Inefficacité de la clause à l'égard des tiers. — 182. Admission d'une solution différente au cas de clause de limitation de l'étendue de l'obligation. — 183. F) La clause d'exonération et le conflit de lois. Disparition du principe d'autonomie de la volonté devant l'ordre public : solution différente au cas de clause de limitation de l'étendue des obligations. — 184. G) Les clauses de non-responsabilité et l'exonération de la responsabilité du fait des choses. — 185. H) Les clauses de non-responsabilité et l'exonération de la responsabilité du fait d'autrui 413

Chapitre II. — Clauses de substitution de responsabilité d'association d'une clause d'exonération et d'assurance des fautes.

186. Particularité de ces clauses. L'indemnisation du créancier.

187. I. — I. *CLAUSE DE SUBSTITUTION DE RESPONSABILITE*. Elimination d'une clause apparente de substitution de responsabilité. — 188. Effet à l'égard des tiers. — 189. « Effet inter partes » : validité de prin-

	Pages
cipe tant pour les responsabilités des articles 1384 et ss. C. civ. que pour la responsabilité personnelle. — 190. Difficulté au cas de délit pénal. — 191. II. <i>CLAUSE D'ASSOCIATION D'ASSURANCE ET DE CLAUSE D'EXONERATION</i> . Assurance prise par le créancier et renonciation de l'assureur au recours. — 192. Nécessité de la dépendance des deux conventions. — 193. Cas particulier où le créancier se porte son propre assureur. — 194. Assurance contractée par le débiteur	493

CONCLUSION

195. Modification des données du problème des clauses d'exonération. — 196. Justification de cette proposition. — 197. Pénétration du droit de la garantie dans le domaine de la responsabilité.	
198. Avenir des conventions d'irresponsabilité au regard de ces transformations du droit	510

BIBLIOGRAPHIE	517
---------------------	-----

TABLE ALPHABETIQUE	525
--------------------------	-----

INTRODUCTION

- 1) Apparition des « clauses de non-responsabilité », leur étrangeté.
— 2) Incertitudes actuelles quant à leur validité et à leur portée. — 3) Difficultés de leur étude. — A) Délicatesse des notions mises en œuvre ; B) Imprécision de ces conventions. — C) 4) Différences de fond entre les clauses : les unes modifient les conditions d'existence de la responsabilité, les autres (clauses d'exonération au sens strict) déclinent une responsabilité née d'après la convention ou la loi. — 5) Conséquences de cette idée directrice. — 6) Nécessité d'éliminer au préalable le problème de l'acceptation des clauses.

1. — L'apparition des divers procédés employés pour atténuer ou détruire la responsabilité, encourue par un particulier à la suite de l'inexécution d'une obligation contractuelle ou légale, est l'un des phénomènes sur lesquels l'attention des civilistes et des commercialistes s'est portée avec le plus d'intérêt, et pour des raisons diverses, depuis le milieu du ^{xix}^e siècle.

Le développement de ces conventions — tout d'abord — n'est pas le moindre sujet de curiosité. Il ne paraît pas en effet que dès les premiers arrêts l'on ait aperçu la généralité du problème ; bien au contraire, les clauses d'exonération apparurent longtemps comme une simple particularité des tarifs spéciaux homologués des compagnies de chemins de fer, limitées au contrat de transport, inconcevables en dehors (1). Quand elles se généralisèrent ce furent leurs conséquences économiques et

(1 - 1) J. Bonnecase, Sup. Baudry-Lacantinerie, t. II, n. 516.

juridiques qui suscitèrent les discussions. On s'aperçut vite que si elles étaient favorables au débiteur dont elles allégeaient les charges par la suppression des dommages-intérêts éventuels — que si elles étaient aussi heureuses pour le créancier qui pouvait grâce à elles obtenir des conditions contractuelles préférables, elles prenaient parfois un caractère oppressif. Imposées par un débiteur puissant, elles pouvaient être incorporées au contrat sans motifs sérieux et sans que le créancier en puisse utilement discuter les termes.

Bien plus, l'assurance de l'impunité n'encouragerait-elle pas le débiteur à se montrer négligent, et les dommages qui pouvaient n'être que de peu d'importance quand les intérêts des particuliers étaient seuls lésés, ne risquaient-ils pas de devenir, par leur répétition et leur fréquence, préjudiciables à la société tout entière?

On pouvait enfin remarquer l'influence d'une telle convention sur la structure même du lien obligatoire, car elle enlève à l'acte illicite sa sanction normale, imposée par la loi, ménageant à un individu la possibilité de se dégager de cette obligation essentielle. Alors que se produisait une extension de la responsabilité tant contractuelle que délictuelle, la volonté des particuliers y portait atteinte (2). Par un mouvement fréquent en droit (et que l'on peut ramener au schème suivant : l'admission très large d'un principe entraîne cor-

(2) Cette constatation a bien souvent été faite pour la responsabilité délictuelle, mais la multiplication des contrats et des risques contractuels la rend aussi vraie pour la responsabilité contractuelle. D'ailleurs il n'y a pas seulement création de sources nouvelles de responsabilité (développement de l'art. 1384 C. civ.), mais aussi fréquence d'application des règles anciennes. On notera enfin que le développement des responsabilités contractuelle et délictuelle est souvent parallèle : celle-ci pouvant naître à l'occasion d'un contrat — et des rapports certains (mais dont la détermination est délicate) unissant les deux responsabilités.

relativement la restriction de ses conséquences) (3), les individus soumis à des obligations plus étendues de réparation en limitaient conventionnellement la portée (4). Il se produisait ainsi de nos jours un retour aux clauses d'irresponsabilité qu'avait connues le droit romain et que le faible développement économique de notre ancienne France avait rendues inutiles.

2. — Ainsi et de tous points de vue se multipliaient les raisons de prendre parti sur la validité de ces conventions : les juristes ne se sont pas dérobés à cet appel et la simple énumération des travaux qu'ils consacrerent aux « *clauses de non-responsabilité* » en est rendue très difficile : elle reste encore fort imposante si on la limite, même « aux seuls noms qui comptent dans la science juridique » (1).

L'autorité de ces auteurs, l'importance de leurs publications, le soin qu'ils ont mis à examiner ce problème, porteraient assez à décourager de le reprendre, si malgré tous ces travaux, l'esprit ne ressentait une insatisfaction complète. Plus de cinquante ans après les notes de Labbé qui jetait sur ces difficultés les vues les plus pénétrantes, l'incertitude est encore totale.

Il est impossible de décrire de façon certaine — et en en apportant une justification; — la position de nos tribunaux et en doctrine l'accord n'est pas davantage

(3) Cf. sur l'application de ce principe à une matière toute différente, Planiol et Ripert, Tr. élém., t. I, n. 1520 et 1521. Aux facilités données à l'enfant naturel pour l'établissement de sa filiation a toujours correspondu une diminution de ses droits.

(4) On retrouve en matière maritime une application de la même idée, et le Code de commerce, en même temps qu'il pose le principe d'une responsabilité très lourde à la charge de l'armateur, multiplie en même temps les atténuations de cette responsabilité quand elle est mise en œuvre (faculté d'abandon).

(2-1) L. Jossierand, note au D. P. 1927, 1, 105 (3^e col.), sous Req. 14 décembre 1926.

réalisé. La récente publication de trois études sur ce sujet en serait à elle seule une preuve décisive, mais cette constatation devient singulièrement plus troublante si l'on note que les conclusions de ces trois auteurs sont radicalement divergentes (2). La théorie des clauses d'exonération de responsabilité est donc restée l'une des plus fuyantes du droit des obligations.

3. — L'incertitude doctrinale et jurisprudentielle tient en premier lieu à ce que les idées qu'une discussion même sommaire fait apparaître sous-jacentes sont des plus délicates : limites de la liberté des conventions, notion d'ordre public, valeur du consentement dans les contrats d'adhésion, nature de la responsabilité contractuelle aussi bien que délictuelle, leurs rapports, leur cumul éventuel, fondement de la responsabilité pour autrui, notion de dol, de faute lourde, toutes ces questions essentielles et difficiles doivent être résolues pour qu'une solution puisse être donnée au problème spécial dit « des clauses de non-responsabilité ».

D'autre part, et c'est là un second élément de trouble, les conventions par lesquelles un débiteur tente de s'affranchir de sa responsabilité présentent ce caractère contradictoire au premier abord d'être à la fois identiques et profondément différentes.

Si la formule d'exonération est presque toujours semblable et contient seulement la déclaration de non-responsabilité, par contre l'analyse révèle des situations très différentes. Tantôt le débiteur est un simple particulier et tantôt l'Etat ou une puissante organisation — tantôt la déclaration est faite par voie contractuelle —

(2) P. Esmein, Des clauses de non-responsabilité : *Rev. Trim.*, 1926, p. 313 et s. — Cassvan, Des clauses de non-responsabilité, *Th. Paris*, 1929 (15). — De Harven, Des conventions tendant à libérer de la responsabilité : *Rev. dr. belge*, 1928, p. 219 (n° 5 mai 1928).

ou par des affiches, des placards, des annonces dans les journaux — tantôt par une convention particulière, tantôt par une clause d'un contrat — ou bien ce n'est pas de son fait mais de celui d'un agent dont on entend s'exonérer, ou encore il s'agit d'une matière empreinte d'un certain particularisme et soumise à des règles exorbitantes du droit commun.

Parfois aussi les conventions sont plus nuancées, et sans stipuler une exonération totale, elles limitent la responsabilité ou substituent au débiteur la garantie d'un tiers. Doit-on donner dans toutes ces hypothèses la même solution? L'affirmative est peut-être admissible, mais on ne peut y conclure qu'après avoir tenu compte des dissemblances et les avoir examinées avec soin.

4. — On doit aller plus loin encore : Il arrive fréquemment que les contractants s'entendent sur la suppression des dommages-intérêts sans indiquer pour quelle raison ce droit est enlevé au créancier. Or on conçoit qu'on arrive à cette fin par deux voies différentes. Au lieu de décliner une responsabilité née conformément aux règles légales, le débiteur peut s'en affranchir en l'empêchant d'apparaître, en détruisant les conditions qui lui auraient donné naissance. Ne peut-il pas, par exemple, préciser qu'il ne sera pas tenu au delà d'une certaine diligence, que tel soin, tel acte ne rentreront pas dans le cercle de ses obligations contractuelles? En déterminant l'objet du contrat et en le limitant, le débiteur s'est affranchi dans cette mesure même des obligations qui lui incombent, de la responsabilité qui les eût sanctionnées. Ne peut-on trouver d'autres procédés qui sans nier la responsabilité du débiteur l'en exonèrent de manière indirecte en en modifiant les conditions d'existence? Peut-il exister dans le domaine délictuel des stipulations du même type? Les questions

se pressent et leur intérêt est d'autant plus grand que de telles conventions ne peuvent être assimilées aux clauses d'exonération au sens propre. Dès l'abord le régime juridique de ces deux séries de conventions apparaît distinct.

Ces considérations préliminaires indiquent l'esprit dans lequel a été entrepris cet essai : besoin de différenciation, de classification et de clarification. S'il paraît impossible d'apporter des idées nouvelles dans une matière que les maîtres de la science juridique ont presque complètement fouillée, peut-être pouvait-on tenter d'arriver à des précisions plus grandes en ne commençant un travail de synthèse et de construction qu'après avoir par l'analyse discriminé les seuls matériaux qui y doivent entrer (1).

Il était d'autant plus attrayant d'entreprendre cette tâche que l'évolution du droit permet peut-être dans une certaine mesure, un nouvel apport au sujet.

D'une part le droit comparé offrait un champ d'études à explorer et auquel les spécialistes du droit maritime avaient seuls pris intérêt. D'un autre côté, on pouvait se demander si le problème des clauses de non-responsabilité se pose toujours dans les mêmes termes qu'il y a une cinquantaine d'années. La notion de responsabilité, le caractère répressif de la condamnation à dommages-intérêts n'ont-ils pas été transformés par la loi ou par les mœurs? Sous le maintien d'une même terminologie, ne peut-on pas découvrir des idées et une technique nouvelles?

Inspiré par ces trois idées, l'examen des conventions de non-responsabilité pouvait être à nouveau entrepris.

(4-1) « Classer et étiqueter les arrêts, puis les prendre corps à corps et les analyser jusqu'à ce que l'on soit arrivé à les réduire en quelques propositions très simples et très claires », tel est selon M. G. Ripert (*Rev. Crit.*, 1912, p. 126) la tâche du juriste en une semblable matière.

Il est dès lors possible d'indiquer sans tarder l'idée qui domine cette étude et à laquelle il a déjà été fait allusion. Une distinction fondamentale doit être faite entre les conventions qui ont pour objet de déterminer les conditions d'existence de la responsabilité contractuelle ou délictuelle et pour effet d'empêcher cette responsabilité de naître (puisqu'en a disparu un des éléments constitutifs) et d'autre part les conventions différentes, par lesquelles un individu tout en reconnaissant l'existence de sa responsabilité déclare qu'il n'entend pas en assumer les conséquences (2). Ces deux séries d'hypothèses pour voisines qu'elles puissent paraître (et dans certains cas la discrimination ne manque pas d'être malaisée) ne présentent pas moins des traits distinctifs qui justifient pour chacune une étude séparée. On ne saurait d'ailleurs exclure les premières comme ne rentrant pas dans le domaine des conventions d'irresponsabilité : si l'on cherche à les éliminer elles réapparaissent aussitôt, et certains travaux récents montrent l'impossibilité matérielle dans laquelle on se trouve d'écarter délibérément l'examen de ces difficultés (3). Autant vaut donc accepter dès l'abord

(2) V. sur la distinction de ces deux clauses : G. Ripert, *Limites de la liberté contractuelle*, 384, 385. — H. Mazeaud, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, 1929, n. 82 et 92, note 4. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité*, p. 49 et s. — Meigné, *Responsabilité et contrat*, Th. Lille, 1924, p. 24, 25 et s. — Hue, *Droit civil*, t. 10, p. 561. — Aubin, Th., p. 57 et s. — Boutaud, *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes*, n. 120, p. 208. — Sainetelette, *Responsabilité et garantie*, p. 19. — Hue et Sainetelette semblent d'ailleurs, par certains termes, confondre les deux hypothèses. — V. de même Labbé, note S. 1885, 4, 25, qui mêle incessamment la clause de détermination du contenu de l'obligation et la clause d'exonération de responsabilité.

(3) V. par exemple Cassvan, op. cit., p. 15 et 16, qui opère parfaitement la distinction entre les clauses de non-responsabilité au sens strict et les clauses voisines, mais doit ensuite les réintroduire dans l'ouvrage.

de leur faire place, mais en la leur assignant de telle sorte qu'aucune confusion ne se produise. L'étude des clauses d'exonération, de limitation ou de substitution de responsabilité retrouve ainsi une partie de la clarté et de la précision que le mélange des deux problèmes lui avait fait perdre. Quelques brèves remarques permettent déjà de le pressentir.

5. — D'un point de vue pratique on notera tout d'abord, que si ces conventions se différencient les unes des autres, il en découle que leur régime juridique ne peut être identique. Or si l'on ne prend garde à leur diversité de nature, la variété que l'on doit apporter dans l'appréciation de leur validité et de leurs effets accroît la difficulté du problème qui redevient au contraire plus simple si l'on effectue la discrimination nécessaire. D'autant que l'on est ainsi amené à ne pas mêler les argumentations relatives à l'une ou l'autre question. On évite ainsi des confusions regrettables du genre de celles dont abonde la thèse de M. Grandmoulin par ailleurs si vivante et si vigoureuse. Cet auteur tente-t-il par exemple de plaider la validité des clauses d'exonération du dol? Toutes les raisons qu'il en donne sont étrangères à la difficulté traitée, mais visent toutes la possibilité pour un individu de se faire concéder par un autre le droit de porter atteinte à sa propriété : il s'agit là d'une convention de nature différente, dont la validité est certaine, mais dont l'examen rentre dans le problème plus général de la détermination des conditions d'existence de la responsabilité.

Du point de vue juridique, il résulte de la différence des deux conventions, une conséquence essentielle : c'est que la condamnation par la jurisprudence ou par la loi d'un groupe de clauses n'entraîne pas la nullité de l'autre groupe. La nullité des conventions d'exonération de responsabilité portée par le Harter Act n'a pas

empêché les jurisprudences américaine ou française de reconnaître la validité des clauses qui modèlent les conditions d'existence de la responsabilité, et l'on pourrait en dire autant de la convention de Bruxelles. D'autre part, on verra ultérieurement que des problèmes délicats tels que ceux des rapports des responsabilités contractuelle et délictuelle, ne se posent pas dans les mêmes termes dans l'un et l'autre cas. Par une série de conventions on fait disparaître la responsabilité contractuelle : l'admission éventuelle de la responsabilité délictuelle se présente alors sous une forme simple. Au contraire, dans le cas de clause de non-responsabilité, on se trouve en présence d'une responsabilité contractuelle reconnue en principe bien que niée dans ses conséquences : l'admission de la responsabilité délictuelle soulève alors une difficulté spéciale : celle de la possibilité ou de l'impossibilité de coexistence des deux responsabilités à l'occasion d'un même fait.

Nous nous trouvons ainsi toujours amenés à constater une opposition irréductible; et l'existence de points de contact, dans certains cas limites, ne peut en atténuer la rigueur.

6. — Il serait donc possible de commencer l'étude des conventions d'irresponsabilité en examinant dans deux parties distinctes les deux ordres de conventions précédemment distinguées, si une dernière précaution ne devait encore être prise au cours de cette introduction.

La validité d'une convention peut être appréciée de deux manières différentes : du point de vue de son originalité et de ses particularités techniques, et, d'autre part, du point de vue des conditions générales de validité de toute convention. Il serait à peine besoin d'insister sur ce point et il suffirait de préciser que seul le

(5-1) V. encore les articles 423 et 424 C. com. autrichien.

premier ordre de difficultés doit retenir notre attention si la discussion sur la validité des clauses employées pour se dégager de sa responsabilité n'avait souvent été faite sur le terrain de la non-acceptation de la convention par le débiteur; et cela tant par la jurisprudence que par la doctrine. Il importe donc, avant d'étudier respectivement dans les deux parties de cet ouvrage, les clauses de modification des conditions d'existence de la responsabilité, puis celles qui ont pour but de décliner une responsabilité avouée, d'examiner dans un chapitre préliminaire commun aux deux ordres de conventions le problème de leur acceptation.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

DE L'ACCEPTATION DES CONVENTIONS D'IRRESPONSABILITE

7) Conventions formelles et conventions tacites.

7. — La discussion soulevée en doctrine et en jurisprudence sur le rôle de la volonté du créancier dans l'exonération du débiteur révèle l'existence de deux courants opposés : et cette première constatation n'est pas l'une des moins curieuses qui ressort de cette étude : tantôt on ne sait se montrer trop exigeant sur la sincérité, la liberté du consentement donné; la volonté du créancier est entourée de toutes les précautions imaginables pour s'assurer de son existence et de la validité de sa manifestation. Tantôt au contraire son intention d'exonérer le débiteur est hardiment présumée : des conventions d'irresponsabilité tacites imaginées, en soutenant que le créancier a accepté de subir les risques de l'activité du débiteur. En abordant dans ce chapitre préliminaire l'étude de la clause d'irresponsabilité considérée dans son élément conventionnel, c'est-à-dire du point de vue de l'échange des consentements qui lui sert de base, il convient donc de distinguer pour les étudier, dans deux sections différentes, le problème de l'acceptation de la clause au cas de convention formelle et celui de la convention tacite ou de l'acceptation des risques.

Section I

Le consentement du créancier et les conventions expresses d'irresponsabilité (1)

- 8) Distinction des problèmes législatif et interprétatif. — 9) Élimination par la jurisprudence des contrats dits d'adhésion, leur soumission aux règles générales des contrats. Nécessité de la connaissance de la clause. — 10) Signification de ce terme. — 11) Mélange de clauses imprimées et de clauses manuscrites. — 12) Exigence de forme spéciale du droit maritime. Signature du connaissement par le chargeur. — 13) Conclusion sur ce premier ordre de difficultés. — 14) L'interprétation jurisprudentielle de la convention d'irresponsabilité : A) Principe de l'interprétation restrictive. — B) 15) La notion de clause de style.

8. — Au seuil de l'étude de l'acceptation de conven-

(8-1) Cf. sur ce problème, d'une manière générale, Saleilles, La déclaration de volonté, spécialement, n° 89. — Dereux, De l'interprétation des actes juridiques privés, Th. Paris, 1905 ; De la notion juridique de contrat d'adhésion : Rev. Trim., 1910, 503. — Ripert, La règle morale, n. 55 et s. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 122 et s. et la bibliographie des deux derniers auteurs. — Hauriou, note S. 1908, 3, 17. — Demogue, t. II, n. 306, 631. — Duguit, L'Etat et le droit objectif, p. 55, 432. — *Adde* Sallé, L'évolution technique du contrat, p. 35 et s.

Sur les pouvoirs de la Cour de cassation, cf. G. Marty, Distinction du fait et du droit, p. 340, 346, 366, dans le sens de l'intervention de la Cour Suprême dans l'interprétation des contrats d'adhésion.

Sur le point particulier de l'influence du fait de l'adhésion sur la clause d'exonération, cf. P. Esmein, *op. cit.*, Rev. Trim., 1926, p. 322. — Ripert, Dr. maritime, II, n. 1745, 3^e éd., p. 695. — Cassvan, *op. cit.*, p. 232 et s. — De Harven, p. 225, n. 8 et s.

tions formelles d'irresponsabilité, deux points de vue doivent être soigneusement distingués afin d'éviter toute confusion.

Un premier problème d'ordre législatif (et d'ordre interprétatif dans la mesure où l'on admet que le juriste doit dégager un donné qu'il vêt ensuite d'une construction intellectuelle) consiste à se demander s'il ne convient pas de réduire les effets accordés à la clause d'exonération parce que la volonté du débiteur ne se trouve pas en fait librement exprimée. Dans la crainte que la convention ne couvre des abus, ses effets sont limités ou du moins ne sont reconnus dans leur plénitude que si elle accorde au créancier des avantages véritables. Ce problème est radicalement étranger à l'objet de la première section de ce chapitre : il ne recevra examen qu'ultérieurement, lors de l'étude de fond de la clause d'exonération.

9. — La seule question qui se pose ici est de savoir si, dans l'état actuel de notre droit français, le contrat d'adhésion est considéré comme aussi licite que celui qui est librement discuté et rédigé par des contractants quelconques. De ce point de vue une seule réponse est possible : la discussion sur la valeur de l'adhésion apportée à un acte préexistant élaboré par un cocontractant est aujourd'hui bien réglée. La jurisprudence a toujours soumis ces contrats aux règles générales. En vain a-t-on proposé de distinguer entre les clauses essentielles auxquelles s'est soumis l'adhérent parce que son attention s'est portée sur elles, qui forment à ses yeux le seul objet du contrat, et les clauses accessoires qui ne doivent être admises que dans la mesure où elles complètent l'accord initial de volonté, le détaillent sans y ajouter d'élément nouveau (1) ; la jurispru-

(9-1) Dereux, Th. et article précités.

dence s'est systématiquement refusée à faire cette distinction qui eût conduit le plus souvent à dénier tout effet à la clause. Les principes généraux leur sont donc appliqués, la notion de contrat n'impliquant nullement l'égalité de puissance économique, matérielle ou morale entre les parties en cause (2).

Il en résulte que la seule question qui puisse être posée est de savoir si la clause a été ou non connue du créancier. Cette certitude acquise, du seul fait de la connaissance se dégage son acceptation. Cette proposition essentielle doit pourtant être quelque peu nuancée : les solutions jurisprudentielles sont d'ailleurs d'une extrême imprécision, car la connaissance et l'acceptation de la clause sont des données ressortissant à l'appréciation souveraine des juges du fond (3).

Une première précision a été vite acquise. Les conditions que l'on entend imposer à une partie doivent être connues de celle-ci au moment où se forme la relation au cours de laquelle se produit le dommage (4). Cette solution a été fréquemment rappelée à l'occasion de déclarations de responsabilité annexes au contrat d'hôtellerie (une affiche apposée dans une chambre postérieurement à la formation du contrat est inopérante) (5),

(2) De Harven, *op. cit.*, p. 226.

(3) Req., 8 novembre 1927, Soc. Battilina : S. 1928, 1, 64.

(4) Rapprocher pour le règlement d'atelier, Civ., 15 juin 1906 : S. 1906, 1, 278, — et Pic, Les règlements d'atelier : Rev. Trim., 1912, 861.

(5) Civ., 11 mars 1846 : S. 1846, 1, 192. — Rouen, 4 février 1847 : D. P. 47, 2, 74 - S. 1848, 2, 452. — Lyon, 31 mai 1882 : Gaz. Pal. 1883, 1, 243. — Rouen, 18 juillet 1889, Hamoir : D. P. 1901, 2, 303. — Aubry et Rau, IV, § 406, texte et note 12. — E.-H. Perreau, *Clauses manuscrites et clauses imprimées* : Rev. Trim., 1926, 310 et s. — Becqué, *op. cit.*, p. 313-315. — Bernis, Th. Bordeaux, 1930 (1), Le dépôt d'hôtellerie, p. 103 et s.

mais on peut en donner d'autres exemples : telles les formules exonératoires apposées sur un billet de transport remis au cours du voyage (6), portées sur une facture postérieurement à l'expédition des marchandises et alors qu'il n'en n'avait pas été question dans la correspondance initiale (7), ou insérées dans un indicateur de chemins de fer et non sur la couverture (8). C'est encore ainsi que certaines juridictions avaient pu autrefois décider que, le voyageur faisant enregistrer ses billets, ne connaissait pas les clauses limitatives de responsabilité qui s'y pouvaient trouver insérées, sous le prétexte qu'on ne peut les connaître ou y consentir qu'après le chargement des bagages (9). La même raison expliquerait, au dire de certains auteurs, la jurisprudence frappant d'invalidité les clauses insérées sur les carnets de chèques et dégageant la responsabilité de la banque au cas de perte ou de vol, ce carnet n'étant remis au client qu'après l'ouverture du compte (10). Il résulte de cette exigence première que le débiteur doit rapporter la preuve qu'au moment du contrat la clause d'exonération a été portée à la connaissance du créancier, que la pancarte par exemple apposée chez un commerçant et par laquelle celui-ci s'exonère de la garantie

(6) Civ., 19 mars 1894, Montgomery Moore : D. P. 1894, 1, 441. — Com. Havre, 21 mars 1892 : S. 95, 1, 353.

(7) Rouen, 28 octobre 1927 : Rec. Rennes, 1927, 309 - Gaz. Pal., V^e Vente commerciale, 1928, 1, 3.

(8) Trib. paix Paris, 24 juin 1921, Dubois : Gaz. Pal. 1921, 2, 372. — V. encore pour l'acceptation de la clause de non-responsabilité stipulée par les agences de renseignements : Thibault, Th. Paris, 1900 (47), p. 208 et s.

(9) Tours, 23 novembre 1847 : S. 1848, 2, 15; — et M. Roger, La clause limitative, Th. Paris, 1929, p. 341 à 343.

(10) De Harven, *op. cit.*, 225.

des vices cachés était bien apposée au moment de la vente (11).

10. — Plus délicate est la question de savoir ce qu'il faut entendre par les termes de connaissance de la clause? Le créancier doit-il avoir la possibilité matérielle de la lire avant de contracter? La jurisprudence ancienne semblait l'admettre (1), mais la Cour de cassation s'est fixée, à l'occasion du transport maritime de personnes, en ce sens que « hors le cas de fraude ou de dol, l'acceptation par le passager du billet implique acceptation de la stipulation elle-même » (2). Cependant des hésitations se produisent en pratique quand la convention dérogative n'est pas insérée dans le contrat lui-même (3), mais dans un acte auquel le créancier est invité à se reporter.

Aucune difficulté ne s'élève, si ce dernier signe les conditions générales de l'accord contractuel : le consentement donné à la clause s'en déduit nécessairement. Mais il n'est pas indispensable que l'acte soit signé pour que sa validité soit reconnue : ce principe est fermement admis par la jurisprudence (4) malgré certai-

(11) Trib. paix Nancy, 1^{er} juillet 1924, Bloch : Gaz. Pal. 1924, 2, 688. — Rapprocher Com. Saint-Etienne, 5 juillet 1929 : Gaz. Pal. 1929, 1, 791.

(10 - 1) Douai, 17 mars 1847 : S. 1847, 2, 207.

(2) Civ., 16 mars 1896 : P. fr. 1897, 1, 40. — Civ., 8 mai 1907 : Rev. Int. dr. mar., XXII, 7.

(3) Cf. pour les difficultés spéciales venant de ce que la clause est rédigée au dos de l'acte, Com. Seine, 19 février 1900 : Le Droit, 28 mai 1900 (billets de théâtre).

(4) Cass., 22 janvier 1884 : D. 1884, 1, 121 - Rev. Int. Dr. Mar., I, 342 - S. 1884, 1, 221. — Civ., 25 juillet 1892 : D. P. 1892, 1, 483. — Com. Seine, 12 juillet 1888, Compagnie générale Transatlantique c. Compagnie des Assureurs de Hambourg, ante Cass., 12 juillet 1893 : D. P. 1895, 1, 445.

nes décisions anciennes (5) et quelques arrêts récents qui sont revenus de manière stricte et condamnable à l'exigence de la signature (6).

Que décider dans les cas où l'acte n'est pas signé? Les juges peuvent déduire l'acceptation des usages antérieurs (7), de la qualité de commerçant qui implique que l'on n'ignore pas l'intérêt des mentions imprimées (8). A défaut de ces présomptions on paraît imposer au débiteur l'obligation de marquer la référence aux conditions particulières, en caractères typographiques de nature à retenir l'attention (9), n'en tenant au-

(5) Alger, 16 décembre 1846, Cie Buzin : D. P. 1847, 2, 1. — Paris, 14 août 1847 : D. P. 1847, 2, 98. — Aix, 30 janvier 1861, Jullien, sous Cass., 23 février 1864 : D. P. 1864, 1, 166; — et Pardessus, t. II, n. 554.

(6) Civ. Seine, 27 mars 1924, Raymond Pascal : Gaz. Pal. 1924, 1, 686.

(7) Com. Lyon, Zimmermann : D. H. Som., 1931, p. 29 - Gaz. Jud. et Com. Lyon, 1929, 413. — Com. Auxonne, 4 juillet 1921 : Rec. Dijon, 1921, 241. — Civ. Beaugé, 20 novembre 1923 : Gaz. Pal. 1924, 1, 337. (L'impossibilité matérielle de se procurer une épreuve écrite du contrat pour les ventes foraines ne s'applique qu'aux marchés ordinaires et non à ceux qui comportent une clause de non-garantie ou l'acceptation d'un vice rédhibitoire) — Trib. supérieur Hanséatique, 2 mars 1928 : Dor. 20, p. 18 et 8 décembre 1922 : Dor. 6, p. 31.

(8) Req., 8 novembre 1927, Soc. Battilina : S. 1928, 1, 64. — Cass., 15 juillet 1926, Cie Chimique du Sud : S. 1926, 1, 262. — Dijon, 22 mars 1897 : S. 1899, 2, 9. — V. pour une clause inscrite au dos de l'acte, Civ., 21 novembre 1911 : S. 1912, 1, 73.

(9) V. pour le refus de tenir compte de clauses rédigées dans un texte minuscule : Paris, 21 novembre 1921 : D. P. 1922, 1, 18. — Com. Marseille, 11 mars 1927 : Rec. Marseille, 1927, 1, 300. — V. au contraire pour une clause apparente : Req., 8 novembre 1927, Soc. Battilina : S. 1928, 1, 64. — Ap. Paris, 2 novembre 1921 : Gaz. Pal. 1922, 2, 466. — Seine, 23 février 1925, Liéglou : Gaz. Trib.; 1925, 2, 637 ; — pour la référence aux conditions générales d'un catalogue, Com. Marseille, 16 juin 1920 : Rec. Marseille, 1921, 1, 84.

cun compte si l'avertissement est signé en marge ou au dos d'un acte. D'autre part, le créancier doit avoir eu toute possibilité pour se reporter au texte de la clause d'exonération et il doit être invité à en prendre connaissance (10). Faute de recourir à ces précautions le débiteur ne s'affranchit pas de sa responsabilité.

Mais si l'acceptation apparaît comme certaine, soit que le créancier ait signé, soit qu'il se soit tacitement soumis à une clause dérogatoire au droit commun portée à sa connaissance (11), peu importe qu'il n'en n'ait pas en fait lu le texte ou que la convention ait été rédigée en une langue étrangère (12), l'application de ces règles dépendant d'ailleurs toujours de l'appréciation souveraine des juges du fond (13).

La jurisprudence étrangère est conforme aux principes précédents. Les tribunaux anglais, notamment, ramènent la validité des clauses d'exonération à la seule

— Grenoble, 12 octobre 1920 : Gaz. Trib. 1921, 2, 158 ; — à un règlement d'exposition, Montpellier, 21 février 1898, *ante* Cass., 31 décembre 1900 : S. 1901, 1, 401. — Paris, 4 février 1927 : Gaz. Pal. 1927, 1, 603.

(10) Paris, 3 juin 1926 : Gaz. Trib., 6 août 1926 - Rec., 1926, 2, 621 - Rev. Trim., 1926, 1050 et les observations de M. Demogue. — Paris, 15 mars 1922 : Gaz. Trib. 1922, 2, 466. — Lyon, 24 janvier 1929 : Sem. Jur., 1929, 350 - Rev. Trim., 1929, 467. — Angers, 17 novembre 1925 : S. 1925, 2, 95, et Demogue, *Oblig.*, II, n. 908. — Paris, 18 mars 1929 : Rev. Trim. 1929, 767.

(11) Com. Saint-Etienne, 6 août 1929.

(12) *Contra* : Cassan, *op. cit.*, p. 241.

(13) Req., 8 novembre 1927, Soc. Battilina : S. 1928, 1, 64, qui admet que le juge du fond puisse refuser l'application d'une clause rédigée en langue étrangère. Mais voir également, par application du même principe de la souveraineté des juges du fond, et pour application d'une clause à un illettré, Cass., 25 juillet 1898 : D. 98, 1, 123 - S. 99, 1, 74.

exigence du consentement sur laquelle ils se montrent très stricts (14) ; obligeant le débiteur à porter la clause de façon très claire à la connaissance du public, à obtenir du créancier un consentement formel, refusant de valider les déclarations d'exonération par voies d'affiches (15), ou les conventions dans lesquelles la clause est rédigée en termes ambigus ou imprimée en caractères microscopiques (16). Ils montrent la même méfiance que la jurisprudence française pour les références aux conditions générales d'un contrat (17), refusant d'admettre au cas de doute la validité de la clause (18). Par contre, et si l'attention du créancier y a été attirée, à condition qu'un homme raisonnable lisant l'acte avec un soin convenable puisse s'apercevoir de son insertion (19), peu importe « que ce créancier ne l'ait pas lu » ou n'ait pas voulu en prendre connais-

(14) Ce point de vue s'est d'ailleurs modifié depuis la loi anglaise de 1924 qui prohibe certaines clauses d'exonération. Mais, antérieurement, peu importait la gravité de la faute, la qualité de la personne dont on déclinait la responsabilité.

La jurisprudence allemande est au contraire assez large : Trib. Sup. Hanséatique, 25 septembre 1929 : Dor. 22, 139, et *supra*, note 7.

(15) C. de session Ecosse, 17 février 1925, Lewis : Dor. 11, 201.

(16) Haute-Cour Justice, 8 décembre 1902 : Rev. Int. Dr. Mar., XVIII, 713. — Cour de session Ecosse, 17 février 1925, précité. — Haute-Cour Justice, 25 novembre 1926.

(17) Cour de session Ecosse, 17 février 1925, précité.

(18) Haute-Cour Justice, 8 décembre 1902 : Rev. Int., XVIII, 713. — *id.*, 6 décembre 1923 : Dor. 3, 212. — C. du comté de Liverpool (Timbre humide contenant la clause), 15 décembre 1924 : Dor. 10, 162 — Conseil Privé, 26 janvier 1917. — Clunet, 1919, 1124.

(19) Haute-Cour Justice, Banc du Roi, 1^{er} avril 1925 : Dor. 11, 197. « Il ne peut arguer qu'il ne les a pas lues ; c'est une négligence. » Haute-Cour Justice, Banc du Roi, 16 janvier 1925 : Dor. 10, 162 — et Stephen's Commentaries, t. III, p. 36

sance, « qu'il soit aveugle, illettré, étranger qui ne comprend pas l'anglais » (20).

Cette dernière décision peut paraître rigoureuse, et l'on comprend que des tribunaux français l'aient écartée, mais l'exemple de certaines jurisprudences étrangères montrent à quelles conséquences conduit l'admission du principe contraire : quelle que soit la variété des langues employées pour porter la clause à la connaissance du public, le hasard révèle toujours une situation imprévue (21), mais souvent rencontrée quand il s'agit de contrats internationaux ; tel le transport maritime ou aérien. La défaveur que l'on manifeste à la convention d'irresponsabilité se retourne d'ailleurs contre le créancier qui se voit obligé de signer le billet de passage.

11. — Voisine de la difficulté précédente se place celle qui naît du mélange dans une même convention de clauses imprimées et de clauses manuscrites ou de surcharges particulières (1). D'une manière générale, les tribunaux ont un pouvoir complet d'appréciation ; validant la clause manuscrite si elle se borne à compléter la clause imprimée ; estimant qu'au cas de dispositions

(20) Stephens's Commentaries, t. III, 36, 37.

(21) Cf. pour la Tchécoslovaquie, A. Kaftal, La responsabilité du transporteur aérien : *Rev. Trim.*, 1929, 1014, 1015 et la jurisprudence citée ; — et Hermann Döring, Die Enthaltungsklausel im Luftverkehr ; *Zeitschrift für das gesamte Luftrecht*, 1926, 209 et s. ; — et, spécialement, p. 214 ; et un jugement du tribunal de Prague rapporté dans la même revue, 1928. — V. encore H. Döring, *Enthaltungsklausel nach Tschechoslowakischem recht*, Z. G. L. 1928, 56.

(11-1) E.-H. Perreau, *Clauses manuscrites et clauses imprimées* : *Rev. Trim.*, 1927, 303 et s. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 374. — Ripert, *Dr. Marit.*, t. II, n. 1448.

contradictaires la réglementation antérieure, imprimée, doit s'effacer devant l'apposition d'une mention manuscrite postérieure (2). La situation est plus embarrassante quand, en fait, la signature paraît ne porter que sur certaines mentions et non sur d'autres matériellement séparées des premières. On en peut déduire que l'acceptation n'a porté que sur une partie du contrat proposé (3).

12. — Enfin on doit encore rattacher à cet ordre de problèmes une exigence de forme spéciale, en propre droit maritime : la signature du chargeur sur le connaissement rédigé par le capitaine (1). Depuis de nombreuses années il est formellement décidé que nul ne pouvant se créer de titres à lui-même; et d'autre part, en présence de l'article 282 C. com. qui exige la signature du connaissement, — les connaissements non signés sont dépourvus de toute valeur en ce qui concerne les

(2) Haute-Cour Justice Angleterre, 19 décembre 1923 : Dor. 7, 253. — Trib. Empire Allemand, 29 février 1929, Assael-s/s-*Athena* : Dor. 22, 99. — Req., 15 novembre 1892 : Rev. Int. Dr. Mar., VIII, 282. — Cass., 3 janvier 1927 : D. H. 1927, 150 - Rev. Trim., 1927, 451 et les observ. de M. R. Demogue. — Com. Havre, 14 novembre 1927 : Gaz. Pal., 20 janvier 1928 - Rev. Trim., 1928, 151, avec les observ. de M. R. Demogue et la jurisprudence citée. — Com. Toulon, 6 février 1920 : Citroën : Gaz. Pal., 1920, 1, 573.

(3) Ap. Paris, 2 novembre 1921, David : D. P. 1922, 2, 21. * V. pour des renvois non signés, Cass. 21 décembre 1920 : D. P. 1921, 1, 161 - S. 1921, 2, 71 - Rev. Trim., 1921, 741.

(12-1) Sur ce problème cf. : G. Ripert, Dr. Mar., t. II, n. 1444 - D. P. 1930, 1, 5 (2^e col.). — Danjon, Dr. Mar., t. II, n. 648. — Lyon-Caen, Dr. commercial, t. V, n. 642. — Aubrun, D. P. 1920, 2, 13, sous Rouen, 24 décembre 1918, Clamageran. — Paris, 1^{er} février 1919, Boucher. — Alger, 19 avril 1919, Giriat, note, H. A., sous D. P. 1924, 2, 17. — Levillain, note D. P. 1900, 1, 299. — Leray, Les clauses d'un connaissement non signé du chargeur sont-elles opposables à ce dernier ? : Rev., t. XXXIV, p. 659 et s. — H.

clauses dérogatoires au droit commun (2), et en particulier les conventions d'irresponsabilité. Inopérantes à l'égard du chargeur elles le sont dans cette mesure au destinataire : elles n'ont d'autre valeur que de prouver le chargement, de valoir comme récépissé (3).

Si le principe est très ferme, ses conditions d'application sont d'ailleurs imprécises, car la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond le droit de déduire la connaissance (4) et l'acceptation de la clause de certains indices non équivoques : l'apposition d'un timbre humide, fût-il complètement illisible (5), l'endossement du connaissement (6), bien que la signature soit

Dambeza, note : Dor. Sup., 2, 196; — et en jurisprudence, Req., 22 mars 1909, Peltier : D. 1912, 1, 259 - S. 1909, 1, 384 - Gaz. Pal., 1909, 1, 384 - Rev. Int., t. XXIV, n. 763. — Civ., 20 octobre 1914 : D. 1916, 1, 173 - S. 1915, 1, 39 - Rev. Int., XXX, 13. — Civ., 16 janvier 1924 : S. 1924, 1, 316 - Dor. Sup., 2, 195. — Civ., 20 mai 1912 : Tiné : D. P. 1912, 1, 259 - S. 1912, 1, 388 - Rev. int. XXVIII, 167.

(2) Le même problème se pose, en effet, pour les clauses de compétence.

(3) Com. Marseille, 10 juin 1924, Bruno Court : Dor. Sup., 2, 596. — Ap. Rennes, 27 octobre 1926, Hilding Vikstrom : D. H. 1927, 59.

(4) Req., 24 juillet 1883 : D. 84, 1, 417 - S. 84, 1, 57. — D., 31 mars 1927 : Dor., 16, 104.

(5) Req., 29 janvier 1924, Dalloz : Dor. Sup., 2, 198. — Ap. Bordeaux, décembre 1921 : Bonnecase, Dr. Mar., n. 512 bis — par contre si l'acceptation est de beaucoup antérieure à l'expédition litigieuse les juges du fond peuvent discuter la validité du connaissement, v. Civ., 16 janvier 1924, Giriait : Dor. Sup., 2, 194 - D. P. 1924, 1, 17, note H. A., S. 1924, 1, 316.

(6) Com. Marseille, 20 mai 1924, Arochas : Dor. Sup., 2, 560. — *Id.*, 10 juin 1924. — 10 juillet 1924. — Rouen, 6 juin 1923 : Dor. Sup., 1, 52. — Rouen, 2 janvier 1924, Roy : Dor. Sup., 2, 631. La jurisprudence belge paraît être en ce sens. — Anvers, 11 mars 1924 : Keltier : Dor., Som., 7, 89. — *Id.*, 8 juin 1924, Comptoir des Tissus belges : Dor. 8, 62.

donnée en ce cas postérieurement au contrat. Sans que l'on puisse voir dans ces exemples des règles de principe; des arrêts aussi nombreux ont été rendus en sens opposé (7) et il semble que ce soient eux que l'on doive approuver (8). En toute hypothèse, il est insuffisant que la compagnie de transport insère la clause aux termes de laquelle le défaut de signature ne préjudicie pas à l'armement, car elle n'est pas plus acceptée que les autres ou celle que « les expéditions sont faites aux clauses et conditions tant générales que particulières du connaissement dont le chargeur a pris connaissance et qu'il déclare accepter. » Cette formule « de pur style, imprimée d'avance en petits caractères, ne reproduisant pas le texte exact de la clause de limitation, n'indiquant pas le connaissement employé, enfin, non signée ne satisfait pas aux conditions exigées par l'article 282 C.

(7) Rouen, 2 janvier 1924 : Dor. Sup., 2, 631. — Le Havre, 5 novembre 1924, Adolf Deppe : Dor. 2, 894. — Paris, 20 juin 1930, Cie des Messageries Maritimes c. Soc. des Grands Magas. du Louvre : Gaz. Trib. 1931, 1, 110 - Gaz. Pal. 1930, 2, 320. — La Cour d'Alger surtout se montre très hostile : Alger, 12 mars 1924, Saffar : Dor. Sup., 2, 362. — *Id.*, 21 mai 1924, Monnery : Dor. Sup., 2, 606. — *Id.*, 26 janvier 1925 : Dor. Sup., 3, 181, et Com. Alger, 21 janvier 1924, Harfeld : Dor. Sup., 2, 215. — V. pourtant en dernier lieu : Ap. Alger, 21 juin 1930 : Dor. Sup. 1930, 465.

(8) En effet, l'art. 213 C. com., écarte tous les autres modes de preuve du connaissement, seuls les actes d'exécution volontaire peuvent équivaloir à la preuve écrite. — V. G. Ripert, Dr. Marit, II, n. 1307. — Aubrun, D. P. 1920, 2, 13 (3^e col.).

La remise matérielle de la chose entraîne bien application du contrat de transport mais non des clauses dérogatoires.

D'ailleurs les solutions de la jurisprudence s'expliquent en partie par les circonstances de la clause appliquant le connaissement s'il avantage le chargeur, lui déniait effet s'il contient une clause lui préjudiciant (Com. Marseille, 12 juillet 1923, Kessissoglou : Dor. Sup., 1, 134).

com. » (9). Ce formalisme, cette exigence de la preuve préconstituée, dont on retrouvera d'autres exemples, reflètent le caractère particulariste du droit maritime (10).

13. — En terminant cette première partie de l'étude du consentement du créancier dans l'acceptation de la clause on voit donc combien la jurisprudence est stricte sur ce point : pour être exonéré le débiteur doit rapporter la preuve du consentement du créancier (1). Si l'acte est signé, la discussion de la valeur de la clause pourra être aussitôt entreprise ; sinon, il faudra démontrer la réalité du consentement, et de divers points de vue. Prouver en premier lieu que le consentement a bien été donné, puisqu'il est contemporain de la conclusion du contrat. S'il s'agit d'exonération stipulée par affiches ou par pancartes la jurisprudence refusera le plus souvent d'en consacrer la valeur, le créancier n'étant pas obligé de les lire, et son acceptation étant des plus douteuses. Si le débiteur stipule son exonération dans un écrit autre que le contrat particulier, très fréquemment encore les tribunaux discuteront la réalité du consentement, et les pratiques antérieures des contractants, la qualité de négociant ou de simple particulier, les caractères employés pour indiquer la référence, les facilités données pour connaître le texte de l'exonération seront autant d'éléments d'où les juges pourront ou non déduire l'acceptation du créancier. Enfin et même dans ce cas le débiteur devra se garder d'user de ces formules dangereuses telles que : « Les conditions

(9) Paris, 20 juin 1930, précité.

(10) G. Ripert, note D. P. 1930, 1, 5, *in fine*. — Rapprocher toutefois, G. Ripert, Dr. Marit., II, n. 1444, *in fine*.

(13-1) Paris, 28 novembre 1925 : Gaz. Pal. 1926, 1, 124.

de vente sont celles des maisons qui auront fait la fourniture » (2), « Les conditions de la responsabilité du premier transporteur sont celles qui règlent la responsabilité des transporteurs successifs », qui exposent leurs rédacteurs à de fâcheuses déconvenues lorsque l'auteur du dommage n'a pas lui-même stipulé son irresponsabilité; à plus forte raison quand le second transporteur a rejeté sur le premier sa responsabilité (3).

La clause serait-elle ainsi valable — serait-elle même signée — s'il s'agit d'un transport maritime, la jurisprudence limite encore étroitement la portée de la clause en l'interprétant de façon restrictive. C'est sur ce second ordre de difficultés qu'il importe désormais de donner quelques précisions.

14. — En posant que la jurisprudence relative aux conventions d'irresponsabilité se caractérise par son interprétation restrictive, il ne s'agit nullement de préjuger des effets que les tribunaux lui attachent, mais seulement de tirer du caractère exceptionnel de la convention les conséquences qu'il comporte. Cette rigueur dans l'interprétation se relève quant aux personnes auxquelles peut être opposée la clause (1), aux faits

(2) Req., 30 octobre 1928, Soc. des Tuileries A. Bisch : S. 1929, 1, 31.

(3) Cass. belge, 20 décembre 1928 : Dor. 1930, 134.

(14 - 1) La clause ne peut être invoquée que par le débiteur ou ses représentants (V. pour la condition du sous-affrèteur, Com. Marseille, 5 novembre 1929 : Dor. Sup., 30, 3; pour le consignataire, note Morillot : Dor. 3, 364, sous req., 12 mars 1923 : Dor. 3, 358) et ne peut être opposée qu'au créancier ou à ceux au nom desquels il a été stipulé (v. pour des passagers réquisitionnaires, Trib. Seine, 16 juillet 1907 : Rev. Int. Dr. Marit., XXIII, 222 ; pour le destinataire, Civ., 4 novembre 1930 : Gaz. Trib. 1931, 1, 42).

qu'elle vise (2), à l'objet du contrat, quant au temps pendant lequel elle produit effet. Les tribunaux en limitent la portée, refusant d'admettre l'irresponsabilité dès que la situation de fait ne paraît pas exactement correspondre à celle que les parties avaient envisagée, usant même pour arriver à cette fin des plus curieux procédés (3). Toutes ces conséquences du caractère exceptionnel de la clause ne soulèvent pas de difficultés juridiques, mais il n'en va pas de même d'une notion à laquelle recourt également la jurisprudence pour refuser effet à l'exonération : la notion de clause de style. A raison de sa fréquence, la clause n'apparaît plus utile, voulue réellement par les parties : les tribunaux la négligent.

(2) V. pour l'interprétation du terme de Baratry : Ripert, *Dr. Mar.*, II, n. 1758 *ter*, 3^e éd., 707, et *Com. Rouen*, 8 juillet 1923 : *Dor. Sup.*, I, 183 ; — pour la clause d'exonération du vol interprétée restrictivement, *Ap. Mixte Alexandre*, 30 janvier 1924 : *Dor.* 8, 273 ; — et en Angleterre, *Cour Assises Liverpool*, 24 novembre 1894 : *Rev. Int. Dr. Maritime*, XI, 106 (les termes *thieves and robbers* visent des personnes étrangères à l'équipage. — *CONTRA* : *Cour Suprême Afrique du Sud*, 4 juin 1924 : *Dor.* 9, 315) ; pour la clause d'exonération d'abordage ou d'échouement qui ne s'étend pas aux autres causes de perte et notamment à l'échouement volontaire dû à une faute. — *Com. Havre*, 14 août 1894 : *Rev. Int. Dr. Marit.*, X, 427. — *Haute-Cour Justice*, 28 août 1893 : *Rev. Int. Dr. Mar.*, IX, 581. — La clause relative aux pertes ne s'étend pas aux avaries (*Ap. Douai*, 4 août 1925, *Lord Byron* : *Dor. Sup.*, 1925, 438) ; — pour l'interprétation restrictive de la clause relative aux vices (*Division du banc du Roi*, 22 juillet 1924. — *Clunet*, 1925, 794. — *Infra*, n. 71 et s., les arrêts relatifs à la force majeure).

(3) V. pour la clause d'exonération des dommages causés par les rats qui ne vise que le dommage causé directement par eux à la marchandise et non celui qu'il leur font subir en coupant un tuyaux qui les inonde (*Com. Marseille*, 10 juin 1930 : *Dor. Sup.*, 1930, 368).

— Sur le problème général de l'interprétation des clauses d'exception (V. note au *Dor.*, V, 115. — *Trib. Fédéral Suisse*, 3 juin 1893 : *S.* 1894, 4, 12) la rattachant au principe de la bonne foi.

15. — Il faut bien reconnaître d'ailleurs que les contractants s'exposent délibérément à ce risque, quand ils répètent souvent sans utilité apparente de vieilles formules de répertoires (1). S'il est vrai que l'habitude détruit la conscience d'un acte, que ce dernier finit par ne plus être volontaire, on comprend un peu l'attitude des tribunaux... Et pourtant, en fait, cette notion de clause de style est l'une des plus imprécises et des plus dangereuses qui soient, puisque selon les cas et assez arbitrairement semble-t-il, les tribunaux l'utilisent pour invalider les conventions qui leur déplaisent. Le problème ne semble pourtant pas avoir beaucoup attiré l'attention des juristes : une note récente de M. Voirin l'a seule abordé d'ensemble d'une manière des plus intéressantes. L'auteur distingue deux variétés dans la clause de style, qui apparaîtrait tantôt comme « une disposition que l'on supplée dans les actes, une clause sous-entendue », tantôt comme « une formule écrite, caractérisée par sa fréquence ou sa surabondance ».

Quant à son apparition, elle tiendrait au fait que « les conditions économiques ou sociales de la vie ayant changé, il apparaît désirable de combler une lacune du droit positif en vigueur à l'époque envisagée ou de redresser, compléter ou annihiler une règle de droit non impérative. La notion de clause de style s'entend donc également de la clause sous-entendue dans les actes et de l'expression de cette même clause qui se caractérise

(15 - 1) Sur la clause de style, cf. : Aubry et Rau, t. V, § 355, note 60, 5^e éd., p. 103. — Voirin, note D. P. 1929, 2, 81. — Marty, Distinction du fait et du droit, n. 160, p. 343, et la note 4, p. 347, n. 165, p. 366 (laissant tout pouvoir aux juges du fond) ; Beaudoin, D. P. 1910, 1, 97 (demandant au contraire le contrôle de la Cour de cassation), Bretel, Recherches sur les principes de l'élaboration des actes juridiques, Th. Nancy, 1926, p. 321 et s. — Sallé, Evolution technique du contrat, Th. Paris, 1929, n. 8, p. 29 et s., n. 104, p. 287, n. 107, p. 298 et s.

alors par sa fréquence, c'est-à-dire son utilité ancienne, — et sa surabondance, c'est-à-dire son inutilité actuelle, puisqu'elle fait double emploi avec la règle coutumière qui vient de se formuler » (2).

On peut pourtant se demander si l'expression de clause de style convient au premier cas, celui où l'acte écrit est muet et où le juge y supplée les clauses qui sont « de style ». Puisque, à l'origine, une disposition formelle était stipulée, mais que l'usage étant né, la clause a disparu du contrat, il suffit de dire que l'interprétation de ce dernier se fait en fonction du droit coutumier élaboré. On applique en fait les règles posées par les art. 1159 et 1160 C. civ : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » ; « On doit suppléer dans le contrat les règles qui sont d'usage, bien qu'elles ne soient pas exprimées ». Ainsi, pour la clause sous-entendue le problème est simple. D'un point de vue technique même son intérêt est mineur : refuserait-on de se référer à une règle conventionnelle devenue de style, sous-entendue dans les contrats, le texte même de l'accord contractuel serait respecté. Les parties seraient en faute de n'avoir pas été plus explicites sur leur volonté. Aucune critique ne doit d'ailleurs être faite de ce point de vue aux tribunaux dont l'interprétation est généralement correcte.

La question est bien différente quand il s'agit d'une règle formelle. Loin de compléter le contrat, de le mener à son épanouissement, pourrait-on dire (auquel cas elle disparaît généralement pour donner naissance à un droit coutumier), la clause de style présente alors un caractère exorbitant, dérogor au droit commun, et garde ce trait quelle que soit la durée pendant laquelle elle se répète. Ainsi, les clauses de non-garantie de con-

(2) M. Voirin, note précitée.

tenance, d'éviction, de servitude, sont fréquentes dans les actes de vente, mais leur répétition n'arrivera jamais à faire considérer que le type normal de ce contrat, celui auquel on doit se référer au cas de silence des parties, est privé de ces trois droits. Juridiquement, le problème est également différent, car il s'agit au fond de savoir si les tribunaux peuvent, — alors même que la clause formelle est licite, — l'écarter du fait qu'elle constitue une clause de style. Là est le point délicat du problème.

Mais tout d'abord à quoi va-t-on reconnaître l'existence de cette clause que l'on raye du contrat?

Sa surabondance est souvent incriminée. Si l'observation est juste pour la clause qui double en quelque sorte un usage antérieur consacré, elle perd toute valeur quand il s'agit d'une stipulation qui déroge au droit commun. Et d'ailleurs ne voit-on pas dans les connaissements des clauses d'exonération rédigées vraiment sous la forme de style (3), alourdis par toute une série de mentions, utiles dans le droit anglais auquel elles se trouvent empruntées, mais simplement encombrantes dans notre droit français (4). Or, jamais ces clauses n'ont été pour cette raison frappées d'invalidité par la jurisprudence.

Pas plus que la surabondance, la fréquence ne peut être un critère décisif.

(3) V. G. Ripert, *Dr. Mar.*, II, n. 1816-3, 3^e éd., 785.

(4) La *négligence-clause* contient ainsi l'exonération de l'irresponsabilité pour le « feu, périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres causes navigables, actes de Dieu, fait de guerre, fait d'ennemis publics, arrêts ou contraintes de princes, autorités ou peuples, saisie judiciaire » qui rentrent dans notre définition de la force majeure, G. Ripert (*Dr. Mar.*, II, n. 1718). La convention de Bruxelles est elle-même du point de vue du droit français entachée de ce vice de rédaction : d'où une mise au point nécessaire : Cf. Ripert, *Dr. Marit.*, t. II, n. 1789, 3^e éd., p. 686, et n. 1815-4, p. 782.

S'agit-il des clauses des *connaissements*, l'observation précédente pourrait être reproduite à la lettre. Mais, bien plus, et pour des clauses tendant à créer un droit coutumier normal, conforme aux stipulations habituelles du contrat, la fréquence est relevée comme un indice de l'utilité actuelle de la clause « d'où les tribunaux tirent un préjugé en faveur de sa validité » (5).

Ce n'est donc pas à un signe formel que l'on reconnaît la clause de style, mais à son caractère foncier. On lui fait grief de n'avoir pas été en réalité voulue par les parties, mais seulement reproduite par routine, d'être insérée sans que l'on en aperçoive la nature et les effets. Cette proposition pose un problème d'interprétation des plus graves. Doit-on s'attacher à la manifestation de volonté, la considérer en elle-même, lui faire produire tous les effets qu'elle implique, ou bien peut-on discerner dans un même texte ce qui est contractuel et ce qui ne l'est pas?

L'art. 1156 C. civ. doit être écarté de cette recherche. Quand il indique que l'interprète doit, dans une convention, rechercher la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes, cette règle signifie seulement qu'il faut interpréter en fonction du contexte une clause littéralement claire, mais douteuse dans sa signification. Par exemple, si un mot, une qualification inexacts ont été employés, les tribunaux sont libres de rétablir l'expression juridique correcte. Quand le juge dénie toute valeur à une clause de style reproduisant une analyse inexacte de l'opération effectuée, son intervention est parfaitement légitime (6). La clause générale peut se trouver contre-

(5) M. Voirin, note précitée, et Civ. Seine, 4 juillet 1924, Dufayet : D. H. 1924, 64.

(6) Com. Sup. de cassation, 13 janvier 1927, Ville de Troyes c. Millot : D. H. 1927, 152, et Civ., Aube, 21 février 1927, ville de Troyes c. Cosinier et Gabriot : D. H. 1927, 216.

dite par des particularités propres à l'espèce : la déclaration de style, que le cahier des charges de la licitation est rédigé sans que l'avoué ait eu en sa possession les titres de propriété, peut se trouver démentie par les circonstances de la cause (7). Certaines formules de la pratique qui ont pour but de marquer la plénitude du transfert de propriété doivent s'interpréter d'après le contrat lui-même et les principes généraux : un arrêt de la cour de Paris (8) a pu à juste titre décider que l'adjudicataire d'un immeuble poursuivi par un locataire en exécution d'une promesse de prolongation de bail, consentie par un vendeur tuteur de mineurs, ne peut alléguer la nullité de la vente à l'égard d'un des mineurs, pour se refuser à exécuter son obligation. En vain alléguerait-il une clause aux termes de laquelle « les adjudicataires seront subrogés dans tous les droits et obligations du vendeur ». Les autres stipulations du contrat, autant que la portée de cette formule, ne permettraient pas d'en tirer la conséquence que l'on tentait d'en dégager.

Mais dans tous ces cas — où l'art. 1156 reçoit application — la clause pouvait être douteuse dans ses termes ; elle n'en correspondait pas moins à une certaine volonté des contractants : et c'était précisément pour la retrouver par delà la lettre du texte que l'on négligeait celui-ci (9).

Au contraire, dans la clause de style, le sens de la convention est formel ; il s'accorde parfaitement avec

(7) Civ., 29 octobre 1928, Bernoux : D. H. 1928, 574. Encore faudrait-il que la Cour de cassation contrôle de façon suffisamment rigoureuse les éléments d'où les juges du fond tirent la démonstration de l'inexactitude de la clause.

(8) Ap. Paris, 20 mai 1927, Toupance : D. P. 1927, 2, 131.

(9) M. Voirin, Le sort du contrat contenant une clause payable or : Rev. Crit., 1926, p. 337 et s., et particulièrement p. 349.

les autres stipulations du contrat, mais on prétend que les parties n'y ont pas prêté attention, ne l'ont pas voulu. Par là le problème n'est pas sans se rapprocher de celui des contrats d'adhésion, car dans les deux cas on trouve un texte, mais l'accord contractuel semble manquer. La clause de style paraît même plus discutable que l'acte d'adhésion parce que le consentement du créancier paraît faire défaut et non seulement celui du débiteur.

Il est en effet très curieux de remarquer que presque tous les arrêts qui ont prononcé l'invalidité de la clause de style se réfèrent à des hypothèses dans lesquelles l'acte n'avait pas été rédigé par les parties, mais par un tiers. Celui-ci insérerait alors des stipulations dont le sens et la portée échapperaient aux contractants. Au contraire, quand le créancier lui-même prépare la formule exonératoire, celle-ci produit en général plein effet quelle que soit la surabondance de certains de ses éléments et la fréquence avec laquelle elle est répétée. La volonté des parties s'est trouvée définitivement affirmée. Le contrat élaboré par l'un des contractants devient parfait dès que l'autre donne son consentement.

Cette distinction, qui ne va pas d'ailleurs dans des difficultés pratiques, rend compte des lignes générales de la jurisprudence.

S'il s'agit de clauses exorbitantes rédigées par des tiers, la jurisprudence récente (mais non les anciens arrêts de la Cour de cassation) (10) refuse généralement de les valider comme ne correspondant pas à l'intention des parties : or, comme il s'agit là d'un problème de

(10) Cass., 15 novembre 1832 : Rép. Dal., V° Vente, 1069 (3). — Ap. Paris, 2 août 1853 : S. 1854, 2, 139. — V. pourtant, Caen, 16 mai 1883 : Rép. Dal., V° Vente, n. 1071. — Colmar, 18 novembre 1841, *eod. loc.*, 1068 (2).

fait, la Cour de cassation reconnaît le pouvoir souverain des juges du fond. Le domaine d'élection des arrêts invalidant les clauses dites « de style » se trouve normalement limité aux actes passés par les notaires, et frappe le plus souvent des contrats de vente ou de bail.

En présence de la clause formelle que « les adjudicataires supporteront les servitudes passives de toute nature pouvant peser sur les immeubles », la cour de Douai déclare que cette stipulation doit être interprétée de bonne foi (art. 1134) et ne consent à l'appliquer qu'aux servitudes réellement connues de l'acquéreur, ou à celles que l'état des lieux a dû lui faire prévoir (11). La Cour de cassation reconnaît également aux juges du fond le droit de limiter ainsi le sens de la formule : « Les servitudes seront supportées aux risques et périls de l'acquéreur, sans recours contre les vendeurs » (12). Les premiers juges usent largement de leurs droits tant à l'égard des clauses contenues dans des actes d'aliénation amiables, que pour certaines ventes judiciaires dans lesquelles la non-garantie n'est pas de droit. Il est d'ailleurs juste de reconnaître que bon nombre des clauses notariales sont ambiguës. Quand il est dit, par exemple, que « l'immeuble est vendu tel qu'il est, se poursuit et comporte » (13), on ne saurait blâmer les juges du fond de n'appliquer cette formule qu'à l'état matériel

(11) Ap. Douai, 12 mars 1900, Fontaine : S. 1904, 2, 130.

(12) Req., 18 juin 1925, Bernoux : D. P. 1926, 1, 181 - S. 1925, 1, 212 - D. H. 1925, 486, Immeuble vendu à la charge des servitudes passives. — Douai, 9 décembre 1889, Billiet : D. P. 1891, 2, 69.

(13) Riom, 4 juillet 1890, Dupuy : D. P. 1891, 2, 165, « clause dans l'état où l'immeuble se trouve ». — Rapp. Com. Seine, 10 décembre 1921 : Gaz. Pal. 1922, 1, 659, pour la clause « vendue d'occasion et dans l'état où elle se trouve » (dans la vente d'une automobile d'occasion). Elle n'équivaut pas à une clause de non garantie des vices cachés, si la voiture n'est pas de la marque annoncée.

des lieux, et peut-être à la non-garantie de la contenance, mais non à la non-garantie des servitudes (14).

La jurisprudence est beaucoup plus libérale quand il s'agit de conventions rédigées par les parties elles-mêmes, et elle ne traite avec défaveur que les clauses empruntées aux répertoires notariaux, qui ont peut-être été mal comprises. Mais, même dans ce cas, elle reconnaît souvent que la convention révèle bien l'intention des contractants, « que les mots qu'elle contient n'auraient aucun sens s'ils étaient inutiles », « que les termes de la clause complètent celles qui l'accompagnent, qu'elle marque la volonté d'une partie d'échapper à toute réclamation ultérieure » (15). S'il s'agit de clauses non notariales, de conventions d'irresponsabilité stipulées dans le contrat de dépôt, de transport par

(14) Riom, 4 juillet 1890, précité.

On peut rapprocher des décisions précédentes, relatives à certains types de conventions d'irresponsabilité, la jurisprudence rendue sur les clauses de paiement en monnaie métallique, insérées avant-guerre dans divers contrats et considérées comme de style, alors même qu'elles se trouveraient répétées dans des actes postérieurs à la guerre, quand ils ne constituaient que le renouvellement d'un ancien contrat : Civ., Châteaudun, 26 juin 1925, de Poncourt d'Amécourt : G. Pal., 1926, 2, 622. — Civ. Melun, 5 juin 1924, de Maniquet : D. P. 1924, 2, 97, note H. L. — Il devait en résulter que la stipulation ne pouvait être la cause déterminante du contrat, et entraîner la nullité de celui-ci, si elle-même était invalide. Or, s'il est certain que dans la pratique d'avant-guerre, la clause avait bien pris ce sens, elle n'était pas moins née à la suite des événements de 1870 et à un moment où les créanciers tentaient de se défendre contre une dévaluation monétaire. De sorte que, dans certaines espèces — bien loin de considérer cette stipulation comme négligeable, les tribunaux lui ont fait produire plein effet, y voyant même la révélation d'une volonté de désobéir à une loi d'ordre public et faisant ainsi tomber tout le contrat comme entaché d'illicéité. Certaines décisions ont pourtant considéré que la liaison de la résiliation du bail et de la nullité de la clause était de pur style : Melun, 15 juin 1924, de Maniquet, précité.

(15) Bordeaux, 10 décembre 1928 : D. P. 1929, 2, 81.

mer, aucune hésitation ne se produit en jurisprudence pour les valider.

Cette distinction — qui n'a pas toujours une netteté aussi grande en jurisprudence — est-elle justifiée? Peut-on ainsi opposer les actes rédigés par des tiers et ceux qui émanent des parties elles-mêmes? On doit certainement se refuser à le faire quand le tiers est mandataire du créancier : dans ce cas, c'est ce dernier qui, juridiquement, rédige l'acte : il doit être soumis aux règles qui le régiraient, s'il avait été préparé par le contractant en personne. En est-il autrement quand le tiers est simple rédacteur des parties? Peut-on dire que tout le contenu du contrat n'est pas formellement voulu par celles-ci? Dans la réalité des choses, les contractants, ignorants du droit, s'en remettent au tiers en lui donnant des directives assez simples. Le rédacteur est chargé de leur donner la forme juridique et particulièrement de protéger les intérêts de l'une des parties, de celle qui est économiquement la plus forte et qui dicte sa loi à son cocontractant. Ainsi, dans la vente, le notaire multiplie les garanties au profit du vendeur, décharge celui-ci de sa responsabilité éventuelle, rédige l'acte au mieux de l'intérêt de la partie qui l'a sollicité. Peu importe que cette dernière ne comprenne pas le sens exact des mots employés : l'acheteur connaît-il davantage l'intérêt de la renonciation de la femme à son hypothèque légale, insérée également dans le contrat de vente d'immeuble si le vendeur est mari commun? (16). Quantité de règles de droit ne s'appliquent-elles pas dès qu'un individu les a déclanchées par une manifestation de sa volonté et sans se douter de ses conséquences?

Quand un acte ainsi préparé est signé, il s'impose définitivement aux parties.

(16) Bretel, *op. cit.*, p. 324.

Comment pourrait-on d'ailleurs être satisfait d'une solution différente? Sans doute « doit-on avertir les parties contractantes et leurs conseillers de la tendance qu'ont les tribunaux à considérer que certaines formules s'émoussent et deviennent une pure logomachie, qu'elles perdent, comme les pièces de monnaie, leur poids par l'usage prolongé, et que, comme les pièces de monnaie, elles ont besoin d'être de loin en loin refondues et renouvelées pour avoir cours » (17). Mais en vain cherchera-t-on des formules nouvelles, si ces dernières, peu de temps après leur création, finissent également par être considérées comme de style. Cette tentative ne serait d'ailleurs susceptible de succès que si l'inefficacité des clauses tenait à leur fréquence, mais il semble bien, au fond, que ce soit leur absence de concordance avec la volonté véritable des parties qui produise ce résultat.

Quoi qu'il en soit, la théorie de l'interprétation des clauses d'exonération (avec son annexe de la clause de style) est marquée, comme celle du consentement du créancier, du signe de la rigueur de la jurisprudence dans l'admission de la clause. Il n'en est que plus étrange de constater les tentatives faites pour élargir l'irresponsabilité du débiteur, en le dispensant d'une convention formelle, et en y suppléant par une convention tacite : l'acceptation des risques.

(17) Voirin, note : D. P. 1928, 2, 81, *in fine*.

Section II

L'acceptation des risques *

- 16) Position du problème. Place de l'acceptation des risques dans la théorie générale de l'acceptation des clauses d'exonération. — 17) Acceptation formelle du risque : déplacement du risque contractuel. — Autorisation de recourir à un procédé dangereux d'exécution du contrat. — 18) Acceptation implicite des risques : Idées diverses que recouvre ce terme — 19) Substitution de règles particulières à la règle générale d'appréciation de la faute. — 20) Rapports de l'acceptation des risques et de la faute de la victime. Leur contenu. — 21) Interdiction de s'exposer aux risques. — 22) L'exposition aux risques et l'exercice des droits. — 23) L'exposition aux risques et le devoir d'agir. — 24) Devoir de prudence naissant de l'exposition à un danger. Intérêt du problème en matière contrac-

* BIBLIOGRAPHIE : Aucune étude générale n'a, à notre connaissance, été faite de l'acceptation des risques ; par contre, la question a été souvent traitée à l'occasion de points particuliers : transport gratuit, faute de la victime, accidents causés au cours de jeux. C'est en partant de ces travaux que l'on peut reconstituer la bibliographie du sujet.

G. Ripert : Limites de la liberté contractuelle, p. 350 à 352, 353 et 354 : D. P. 1928, 1, 145 - D. P. 1929, 1, 129. — L. Josserand, Cours de droit civ., II, n. 551, Chron. : D. 1926, 21, note - D. P. 1929, 2, 17 - D. P. 1930, 1, 25. — F. Génv, note : S. 1928, 1, 353. — Demogue, Tr. oblig., t. V, n. 1133-1149. — E.-H. Perreau, note : S. 1902, 2, 217. — Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires : Rev. Trim., 1914, 481 et s., cf., p. 500. — Esmein, Planiol et Ripert, Tr. oblig., p. 848, note 4. — Note au S. 1929, 1, 249. — Sous Civ., 7 janvier 1929 : Gaz. Pal., 1929, 1, 276 - Rev. Trim., 1929, 113. — Lalou, note : D. P. 1913, 2, 345 - Resp. civ. n. 133. — Gaudemet : Rev. Trim., 1927, 899 - D. P. 1927, 2, 105 - D. P. 1927, 2, 25. — Savatier, note : D. P. 1928, 1, 153. — Besson, La notion de garde, p. 159 et s. — Roger, Manuel des transports, Paris, 1922. —

tuelle. La modération de l'obligation de sécurité. — 25) Domaine propre de l'acceptation des risques. — 26) L'acceptation des risques et la responsabilité contractuelle. — 27) L'acceptation des risques et la responsabilité délictuelle. — A) L'arrêt *Hurtault*. — 28) B) La responsabilité du transporteur bénévole. — 29) Réduction de l'acceptation des risques à la faute de la personne transportée. — 30) Réduction de l'acceptation des risques à une clause d'exonération. — 31) Réduction de l'acceptation des risques à la participation à l'usage de la chose. — 32) Conséquences de cette théorie. L'art. 1384 et le transfert de la garde. — 33) L'art. 1384 et l'obligation contractuelle de participation à l'usage. — 34) Conclusion.

16. — On entend par le terme d'acceptation des risques une théorie qui tend à se développer, depuis quelques années surtout, en doctrine et en jurisprudence, et qui a pour objet de réaliser l'allègement de la responsabilité de l'auteur d'un acte dommageable, en l'exonérant des conséquences des risques auxquels s'est volontairement exposée la victime et en les faisant supporter à cette dernière seule, par interprétation de sa volonté, ou par voie impérative. Dans l'un et l'autre cas cette théorie présente le plus vif intérêt, puisque

Ricol, note : D. P. 1926, 2, 121. — Crouzel, La responsabilité contractuelle : *Rec. Acad. Législation*, Toulouse 1929, 42 et 158 et s. — Boissière, Responsabilité du fait des choses inanimées, *Th. Montpellier*, 1911 (21), p. 215 à 221. — Bonnet, De la responsabilité du fait des choses, *Th. Poitiers*, 1907 (76). — Marg. Haller, *Th. Paris* 1926 (30), p. 47 et ss., *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation*. — Monnier, Responsabilité du fait des choses inanimées, *Th. Nancy*, 1926. — Chevalier, La responsabilité des automobilistes et la jurisprudence récente, *Th. Paris* 1926 (54), p. 100 et ss. — Vié, Responsabilité civile du transporteur bénévole, *Th. Montpellier*, 1929 (52), p. 199 à 220. — Chatillon, *Th. Lyon*, 1929, p. 95 et s. — Cassvan, *Th. Paris* 1929 (15), *Des clauses d'exonération*, p. 303, 309, 318, 368.

Pour la Belgique : De Harven, De la responsabilité civile du transporteur bénévole : *Rev. Gén. des Ass. et Resp.*, 1928, 201¹ et ss., et spéc. 201⁴. — Rustaert, *Resp. civile*, p. 262 à 264.

l'exonération de responsabilité s'effectue sans convention du moins apparente, résulte d'une simple situation de fait : il importe dès lors d'en marquer la place, d'en examiner le bien-fondé à propos du problème général de l'acceptation des clauses d'exonération. Cette étude est d'autant plus nécessaire que la notion d'acceptation des risques suscite tour à tour de la part des juristes les approbations et les critiques les plus vives.

Une semblable situation ne tient-elle pas à ce que dans cette expression de risque accepté, des idées différentes se trouvent incluses, que les unes sont acceptables, les autres inadmissibles? Deux points sont seulement certains au seuil de cette étude. Pour qu'elle présente un intérêt quelconque, la doctrine nouvelle ne doit pas pouvoir se résoudre dans celles qui l'ont précédée, mais présenter une originalité incontestable. D'autre part, il est extrêmement curieux de constater qu'il existe toute une série de cas, dans lesquels l'acceptation des risques est formelle, et qui ne répondent donc pas à la formule générale que l'on a pu donner plus haut de cette notion. Leur examen doit être néanmoins entrepris afin de déterminer quel est leur rapport avec les hypothèses de risque accepté du premier type.

17. — En matière contractuelle, l'acceptation des risques se trouve souvent formellement stipulée : elle se ramène à deux idées différentes. Dans le premier cas, l'expression est improprement employée. Dans le second, elle présente au contraire le plus vif intérêt.

On utilise parfois l'expression d'acceptation des risques pour désigner les conventions par lesquelles le créancier assume les conséquences de toutes les causes d'inexécution de l'obligation, autres que la faute du débiteur : il reste tenu de ses propres obligations, alors que, d'après le droit commun, il en eût été déchargé. Mais, ce que l'on désigne alors, c'est la modification du

risque contractuel dont le législateur détermine fréquemment la charge et dont l'art. 1138 C. civ. donne pour l'obligation de livrer une règle célèbre. Rien n'empêche les contractants d'aménager à leur guise les règles légales relatives à l'attribution des risques (1) : dans le contrat de vente, de louage de choses ou de services, de transport maritime, de dépôt (2), de pareilles conventions sont fréquentes. La volonté des parties ne rencontre d'obstacle que si l'obligation pour l'une d'elles d'assumer le risque contractuel apparaît comme caractéristique du contrat : c'est ainsi qu'il a été possible de décider, que dans la vente *caf*, reposant tout entière sur l'attribution des risques à l'acquéreur dès le moment de l'embarquement, la convention ne peut, à peine de dénaturation, modifier la réglementation légale (3). De même, l'article 1811 C. civ., pour le bail à cheptel, interdit toute modification au risque de la perte du cheptel. Parfois aussi, le législateur interdit toute dérogation aux parties. La loi du 9 avril 1898 rend certainement illicite toute clause par laquelle l'ouvrier consentirait à travailler à ses risques et périls (4). L'orga-

(17-1) Aubry et Rau, t. IV, § 308, 5^e éd., p. 169, et t. VI, § 403.

(2) V. pour un dépôt effectué aux risques et périls du déposant : Civ., Lyon, 22 juin 1921 : Gaz. Trib. Midi, 19 août 1921.

(3) G. Ripert, Dr. Mar., II, n. 1904 et s., et partic. n. 1906, 3^e éd., p. 901, et Paris, 21 janvier 1900, Société des rizeries indochinoises, Aix, 12 mai 1920, Sauze et Segond : D. P. 1921, 2, 97, et la note de M. H. Aubrun.

(4) V. antérieur à la loi, Com. Saint-Etienne, 10 août 1886, Barlet : S. 1887, 2, 48 — qui annule la convention, « comme contraire à la liberté des contrats, et encourageant le maître à prendre les précautions nécessaires ». En réalité, une faute avait été commise par le maître qui n'avait pas satisfait à des précautions d'élémentaire prudence. Par contre, au cas d'accident fortuit et à plus forte raison fautif de la part de l'ouvrier la clause présentait une utilité certaine. La preuve la meilleure en est qu'elle se trouvait stipulée par

nisation du contrat de transport terrestre est, depuis la loi Rabier de 1905, toute pénétrée de l'idée d'ordre public. Par suite de la nullité des clauses d'exonération, l'obligation de sécurité relative aux personnes et aux biens y est devenue impérative. La loi de 1905 a réalisé un statut qui s'impose rigoureusement au débiteur. Toute convention par laquelle le transporteur ferait supporter au créancier les conséquences des pertes et avaries, même si elles ne devaient pas être attribuées à sa faute, devrait être frappée de nullité absolue.

Hors de ces hypothèses exceptionnelles, les conventions relatives à l'attribution des risques sont valables, mais, encore une fois, le mot risque ne désigne nullement en ce cas l'exposition de la victime à un danger, à un péril quelconque : il y a séparation de l'acceptation juridique et du sens courant du mot.

Pourtant, en matière contractuelle, il est possible de trouver des clauses relatives à proprement parler aux risques. Dans ce nouveau type de conventions, le créancier propose à son débiteur un procédé d'exécution de son obligation qui lui est interdit d'après le droit commun, mais dont l'acceptation permettra l'accord de meilleures conditions contractuelles.

Le droit maritime en donne un exemple intéressant avec les transports « at owner's » ou « at shipper's risk » et l'autorisation donnée de charger en pontée. Par là, le capitaine s'affranchit de la responsabilité

l'Etat (V. Cons. d'Etat, 11 mars 1881 : S. 1882, 3, 53). La législation sur les accidents du travail aux termes de l'article 30 de la loi de 1898 s'impose, au contraire, impérativement.

En Angleterre, il est parfaitement admis que l'ouvrier peut accepter les risques de son travail. *Smith v. Baker*, 1891, A. C., 325, à condition — et là gisent les difficultés — que l'acceptation soit réelle : V. *Stephen's Commentaries*, t. III, p. 525 et 526).

qu'édicte à son égard l'art. 229 C. com., s'il place sur le tillac les marchandises transportées (5).

Le droit terrestre montre une convention analogue avec le transport par wagons découverts. Pour certaines marchandises, les compagnies de chemins de fer ont le droit d'y recourir, pour d'autres elles ne le peuvent que si elles en sont requises par l'expéditeur. Mais dans l'un et l'autre cas, de même qu'en matière maritime, le transporteur est déchargé de sa responsabilité, s'il prouve que l'avarie ou la perte ont eu pour cause le type de chargement employé. La convention s'analyse donc en une opération double : autorisation de recourir à un mode de transport généralement prohibé, acceptation par le créancier du risque contractuel créé par cette situation anormale.

Dans cette mesure, l'expression d'acceptation des risques correspond à une convention incontestablement licite. Les difficultés ne surviennent que si l'on tente de

(5) Cf. sur cette clause : G. Ripert, *Dr. Marit.*, II, n. 1499, 1502, 1503, 3^e éd., p. 460 et 463. — Note D. P. 1930, 1, 5, sous Civ., 14 janvier 1930, Bordes.

La jurisprudence n'admet d'ailleurs pas que la simple autorisation donnée dégage la responsabilité du capitaine : il doit encore donner avis à l'expéditeur du chargement en pontée, afin de lui permettre de contracter une assurance particulière, G. Ripert, n. 1503, et Com. Marseille, 21 décembre 1928 : *Dor. Sup.* 7, 79.

D'autre part en droit comparé, la jurisprudence est assez incertaine pour savoir si cette clause exonère le capitaine des fautes qu'il pourrait commettre en plaçant l'objet transporté à un emplacement où il risque particulièrement l'avarie : Cf. pour l'affirmative, Haute-Cour Justice, Bane du Roi, Angleterre, 23 février 1925, *Highland Laddie* : *Dor.* 11, 195. — V., au contraire, Ap. Mixte Alexandrie, 9 mars 1927 : *Dor.* 17, 302, qui exige même conformément aux principes (CONTRA : La Haye, 14 février 1910 : *Rev. Int.*, XXVII, 401) que le transporteur fasse la preuve de sa libération. — V. également Sent. arbitrale, 17 juin 1930 : *Dor. Sup.* 1930, 350, qui l'exclut implicitement au cas de faute et Com. Marseille, 23 janvier 1930 : *Dor. Sup.* 1930 (8), 123.

soutenir que l'expéditeur a tacitement accepté les fautes que le transporteur pourrait commettre au cours du contrat : mais on sort alors du domaine de l'acceptation expresse du risque pour entrer dans celui de l'acceptation implicite auquel est consacrée la suite de ces développements.

18. — Or, dès le seuil de cette nouvelle étude, il apparaît très nettement que la prétendue acceptation des risques recouvre des théories juridiques extrêmement diverses.

19. — Une première idée se dégage d'abord. Du fait que la victime souffre d'un dommage dans l'exercice de l'activité d'autrui à laquelle elle s'est volontairement associée, il en résulte que la détermination des actes fautifs ne se fait plus d'une manière assez vague et par rapport à une règle générale de prudence ou de diligence, mais de façon précise et par rapport aux règles spéciales qui régissent cette activité : l'acte de la victime entraîne la modification des modes habituels d'appréciation de la faute. C'est pourquoi dans tous les exercices sportifs qui impliquent une lutte entre deux ou plusieurs partenaires (tennis, football, boxe), les décisions judiciaires recherchent, non pas si une faute a été commise à proprement parler, mais si le joueur s'est mis ou non en contradiction avec les règles du jeu (1).

(19-1) Cf. Lalou, note D. P. 1927, 2, 105. — Demogue, Caractère licite d'un combat de boxe : Rev. Crit., 1914, 262, et note Rev. Trim., 1913, 415, sur Douai, 3 décembre 1912, Carpentier. — Note Rev. Trim. 1923, 982-983. — Garraud, Les sports et le droit pénal; — et du point de vue administratif, concl. de M. Cahen Salvador : D. P. 1924, 3, 58, sur Conseil d'Etat, 7 novembre 1924.

V. cependant : Valence, 20 mars 1923 : Gaz. Pal. 1923, 2, 7, et la note précitée : Rev. Trim. ; — et Bordeaux, 22 janvier 1931, Taillantou, assez imprécis sur la valeur des règles du jeu. Du fait que l'appréciation de la faute se fait conformément aux règles

Dans les *Stephen's Commentaries*, l'auteur anglais donne la même note quand il exige que l'acte dommageable, pour ne pas entraîner la responsabilité, soit commis « without any breaches of the rules of the games » (2). Ce principe s'applique tout d'abord aux joueurs eux-mêmes, sans qu'il soit besoin pour cela de parler de contrat, car en vain cherche-t-on les obligations qui en naîtraient et en quoi consisterait le droit susceptible d'être ramené à exécution (3). Vis-à-vis des tiers, personne ne doute du caractère délictuel de la responsabilité du joueur, mais il est moins généralement admis, bien que cette solution doive être consacrée comme au premier cas, et pour la même raison, qu'il faille encore rechercher ici si le fait dommageable est de ceux que les règles du jeu prohibent ou considèrent comme fautifs (4).

20. — D'un point de vue tout différent, l'exposition de la victime à un risque l'oblige à prendre toutes les précautions nécessaires pour veiller à sa sécurité ; dès lors se dégage un nouveau principe : pour que la victime obtienne réparation, aucune faute ne doit lui être

du jeu, il n'en résulte pas que tout acte soit permis. Serait-il même expressément autorisé par les règlements, il faudrait alors rechercher si ces derniers ne sont pas contraires à l'ordre public : V. L. Hugueney, Et. Crim., 1930, 140.

L'expression d'acceptation des risques est parfois employée de façon tout à fait impropre alors que la victime ne s'est exposée à aucun danger, par exemple pour les manèges. La jurisprudence s'est refusée à parler en ces cas d'acceptation des risques : Trib. Vienne, 26 avril 1925, Desseignet : Rev. Gén., A. R., 1927, 7, 114, et sur appel, Grenoble, 27 février 1928 : D. H. 1928, 343.

V. pourtant : Com. St-Etienne, 1^{er} mars 1928, Salque : D. H. 1928, 363.

(2) *Stephen's Commentaries*, t. III, p. 525.

(3) Cf. pourtant M. H. Lalou : D. H. 1927, 2, 105.

(4) Liége, 8 avril 1908, Hautvast : Gaz. Trib. 1908, 2, 354. — Cpr. Poitiers, 25 octobre 1926, Prinnet : D. P. 1927, 2, 105.

reprochée, ni de s'être exposée au risque, ni d'avoir manqué de prévoyance ; ces deux limitations doivent être étudiées avec soin, parce que leurs conséquences sont des plus curieuses en matière contractuelle.

21. — La victime se trouve tout d'abord en faute quand elle enfreint une interdiction de s'exposer au dommage, émanant de l'auteur prétendu : défense d'approcher de l'objet dangereux, d'entrer dans une propriété gardée (1). Cette interdiction peut encore résulter de la loi ou des usages : on est ainsi en faute de monter dans une voiture à l'insu de son propriétaire (2), de pénétrer dans une scierie sans en avoir été prié (3), d'enfreindre les règlements sur l'exploitation des chemins de fer (4). Le droit éventuel à indemnité serait au contraire conservé, si la personne responsable avait négligé d'avertir la victime du danger qu'elle courait : la solution est certaine et il n'est besoin pour la souligner que de marquer l'avertissement spécial qui doit être donné aux individus particulièrement susceptibles de souffrir des risques de la chose, tant à cause de leur faiblesse physique que de leur peu de maturité intellectuelle. Très fréquemment des colonies de vacances ont vu leur responsabilité engagée par des accidents sur-

(21-1) Req., 20 janvier 1904, Boiron : S. 1904, 1, 320. — Ap. Liège, 21 novembre 1929 : Pas. 1930, 2, 77, Orban.

(2) Crim., 18 juillet 1929, Arthur : Gaz. Pal. 1929, 2, 618 - D. H. 1930, 493.

(3) Req., 24 juin 1930, Dosfoule : Gaz. Pal. 1930, 2, 308 - Rev. Trim. 1930, 1069. — Cpr. un très intéressant jugement de Cor. Tournai, 24 septembre 1929, Delcroix : Rev. Gén., A. R., n. 634, avec une intéressante analyse de la notion de causalité confirmée par Ap. Bruxelles, 29 janvier 1930 : Rev. Gén., A. R., 1930, 635.

(4) Ap. Paris, 18 avril 1929 : Bull. Tr. 1929, 117. — V. encore pour une victime montée sur un pont transbordeur après avertissement du départ, Rennes, 14 mai 1919 : Gaz. Trib. 1919, 2, 233 - Rev. Trim. 1920, 378, et les observations de M. R. Demogue.

venus aux enfants qui leur étaient confiés, alors même qu'elles leur avaient interdit de s'approcher de la chose dangereuse. Un avertissement ne suffit pas : un obstacle matériel est nécessaire (5). Cette jurisprudence doit être rapprochée du § 828 C. civ. allemand, qui considère comme inopérante la faute de la victime âgée de moins de sept ans (6).

Abstraction faite de ces espèces, la notion de faute suffit donc à l'exclusion de toute idée étrangère à légitimer ces solutions : la responsabilité de l'auteur du dommage est dégagée par la faute de la victime, sans qu'il soit besoin de parler d'acceptation du risque; elle subsiste au contraire s'il a lui-même commis une faute, en ne prévenant pas du danger (7), en laissant s'y exposer une personne inconsciente, en emmenant un enfant en automobile sans prendre l'avis de ses parents (8).

22. — Mettant dès lors à part les hypothèses dans lesquelles la victime est en faute d'avoir contrevenu à l'obligation de prudence que lui conseillait l'auteur du dommage, il est possible d'admettre que l'exposition volontaire au risque n'exclut pas le droit à indemnité chaque fois qu'elle est légitimée par l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'une obligation juridique ou morale.

(5) Alger, 23 juillet 1924, Œuvre des enfants à la montagne : Gaz. Pal. 1924, 2, 513. — Douai, 26 juillet 1930 : Gaz. Pal. 1930, 2, 651 : Gaz. Trib., 26 septembre 1930 : Rev. Trim. 1930, 1064. — Ap. Paris, 8 novembre 1928 : Gaz. Pal. 1928, 2, 868. L'employé du tramway doit de même interdire la descente à l'enfant avant l'arrêt. — Civ., Seine, Beaujard, 23 décembre 1930 : Gaz. Pal. 1931, 1, 322.

(6) Cf. pour une application, Trib. Sup., Colmar, 23 octobre 1922, Brechbill : Rev. Jur. A. L. 1923, 192.

(7) Ap. Gand, 15 février 1930, Van den Berghe : Rev. Gén. A. R., 1930, 674. — Cass. crim., 22 juin 1928 : B. Tr. 1928, 117.

(8) Rennes, 13 juin 1929, Nicolas : D. H. 1929, 518.

La victime peut en effet tirer d'une situation contractuelle ou légale son intervention dans l'activité de l'auteur du dommage. Aucune réserve n'est à faire sur ce point : le piéton traversant une rue n'est pas, par le fait même, réputé en faute de s'exposer à un accident possible (1) ; il en est de même de l'ouvrier se servant des outils qui lui sont remis pour son travail.

23. — Si aucune difficulté ne se présente dans ce cas, il n'en est pas de même quand la victime n'allègue pas un droit, mais prétend être tenue d'une obligation d'agir (1).

On sait qu'en principe, et à moins qu'un contrat ou le caractère de sa profession ne le lui impose, un individu n'est pas obligé d'éviter qu'un dommage indépendant de son fait ne soit causé aux personnes ou aux biens. Mais à défaut d'obligation juridique, il existe tout au moins un devoir moral d'agir, de sorte que, si l'abstention n'eût pas été fautive, l'acte positif qui intervient pour amener la disparition du dommage, — juste et louable moralement, — prend de ce fait un caractère régulier du point de vue juridique : le problème est analogue à celui de l'obligation naturelle (2).

Dès lors, l'individu qui se jette à la tête d'un cheval emballé, celui qui prête son concours à l'extinction d'un incendie, sans commettre d'imprudence au cours de ces

(22-1) Peut-être conviendrait-il de faire des réserves au cas d'infractions aux règlements de police sur la circulation, mais il ne s'agirait pas de faute dans l'exposition au dommage, mais dans la manière dont on s'y expose (*infra*, n. 24).

(23-1) Cf. sur ce problème : E. H. Perreau, note : S. 1902, 2, 217. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 601, p. 820 et p. 821, note 2. — Boissière, *op. cit.*, p. 217 à 221.

(2) Esmein, t. VI, n. 569, p. 776. — Roux, note S. 1905, 1. 377. — Cf. E.-H. Perreau, note S. 1902, 2, 217. — Aubry et Rau, t. VI, § 448, 5^e éd., 426, 427 et note 9.

opérations, ne peuvent être réputés en faute (3). La chambre criminelle l'a décidé en termes décisifs (4) en approuvant les motifs d'un arrêt de la cour de Paris conforme à cette opinion. Le principe sur lequel se fonde le droit à réparation peut être discuté (5), mais la reconnaissance de ce dernier ne saurait faire de doute (6). La jurisprudence n'a hésité qu'un moment pour déterminer si les personnes que leur profession oblige à s'exposer, les agents de police, par exemple, peuvent, pour les dommages survenant à cette occasion, recourir à des procédés de réparation autres que ceux accordés par leur statut (indemnités et pensions). Une

(3) Il faut entendre par ces mots : ne peuvent être réputés en faute à l'égard de l'auteur du dommage, car en agissant ainsi la victime peut cesser d'être protégée par la loi sur les accidents du travail (Cor. Corbeil, 28 octobre 1930 : D. H. 1931, 47). Mounier : — Son droit contre l'auteur du dommage est d'ailleurs de ce fait intégraleent conservé (Même jugement).

(4) « Il résulte de l'arrêt que, à supposer établi que Filliol ait tenté d'arrêter le cheval, cette tentative qui aurait été rendue nécessaire par la négligence de Vivier ne saurait dès lors constituer une imprudence, et, à ce titre, atténuer en une mesure quelconque les responsabilités pénale et civile encourues par les demandeurs. » (Crim., 6 août 1903, Vivier : D. P. 1913, 2, 345, sous note c. - S. 1905, 1, 377, note Roux.)

(5) Application de l'art. 1385 (Paris, 20 février 1896, Cathiard : S. 97, 2, 107 - D. P. 1896, 2, 512. — Paris, 17 novembre 1894, Gibrat. — Amiens, 9 janvier 1895, Canonne : S. 1897, 2, 211. — Civ. Nice, 24 novembre 1909, Galarelli : D. P. 1910, 5, 22). Gestion d'affaires (Com. Seine, 3 janvier 1900, Hurot : D. P. 1913, 2, 345 ss., note b - S. 1902, 2, 217, note E. H. Perreau. — Demogue, V., 1032. — Cf. également sur cette jurisprudence constante les notes de MM. Perreau et Roux précitées.

(6) Suivant le fondement reconnu à l'action on accordera le droit à indemnité seulement si la gestion a été utile ou dans toute hypothèse (Art. 1385). De même, si l'action est fondée sur ce dernier article ou sur l'article 1384, la personne poursuivie doit être le gardien, mais s'il s'agit de gestion d'affaires, il faut rechercher à qui la gestion a été utile.

décision a refusé toute action contre l'auteur du dommage (7), une seconde l'a reconnue (8). Il semble que ni l'une ni l'autre ne soient conformes à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation qui permet au fonctionnaire pensionné de recourir contre l'auteur du dommage dans la mesure où celui-ci ne se trouve pas complètement réparé par l'indemnité statutaire (9).

24. — Ainsi, qu'il s'agisse de droit ou de devoir, on ne peut reprocher à la victime de s'être exposée au risque. Il serait pourtant inexact de poser avec une telle généralité le principe du droit à réparation, si l'on ne devait ajouter à cette proposition qu'aucune négligence ne doit être relevée à la charge de la personne accidentée pendant le temps que dure le risque : elle doit éviter toute imprudence.

Le fait est banal en matière délictuelle. Si le maître de la chasse, par exemple, doit veiller à ce que ses invités ne se trouvent pas exposés à un accident, si la création par lui d'un danger spécial résultant d'un défaut d'organisation rend sa conduite fautive, l'invité est lui-même en faute quand, ayant l'expérience de la chasse, il se place délibérément en un endroit dangereux. La cour de Douai a pu, dans une espèce de ce genre, conclure justement à un partage de responsabilité (1).

(7) Trib. Seine, 26 novembre 1924, Chevrier : D. H., 1925, 88 et sur appel. — Paris, 27 décembre 1927 : S. 28, 2, 85.

(8) Trib. paix Paris, 26 septembre 1913 : D. P. 1913, 2, 345, Berrens. — Demogue, t. V, n. 1024 bis.

(9) Cf. G. Ripert, note D. P. 1923, 1, 127 sur Civ., 14 mai 1923, Dunat et Dijon, 21 janvier 1926 : D. P. 1928, 2, 41, Etat c. Dubost.

(24-1) Ap. Douai, 13 octobre 1930, Vermelle : G. Pal. 1930, 2, 703, sur Civ. Lille, 27 novembre 1929 : G. Pal. 1930, 1, 308. — Cpr. Rouen, 9 mars 1929, Bourlier : D. H. 1929, 323, Rev. Trim., 1929, 760. Inexact dans sa construction juridique en ce qu'il reproduit une formule mal interprétée d'un ancien arrêt de la Cour de cas-

Solution identique de la cour de Colmar pour une personne blessée lors de l'abatage d'un taureau auquel elle assistait par pure curiosité. L'arrêt constate que non seulement la victime n'aurait pas dû se trouver au lieu de l'abatage, mais qu'en connaissant les risques (il s'agissait d'un boucher), elle devait s'écarter ou se prémunir contre les chances d'accidents possibles (2). De même encore le jockey doit étudier la piste pour satisfaire à l'obligation de veiller à sa sécurité (3). Le passant qui s'expose à un danger, croyant de son devoir de le faire, doit en apprécier le caractère sérieux ; s'il le fait à la légère, il supporte seul les conséquences de son intervention (4). On traverse les voies des chemins de fer à ses risques et périls. Toutes ces décisions ne font guère de doute.

La situation est au contraire beaucoup plus curieuse en matière contractuelle. Certaines espèces (fait de monter — alors que l'on est âgé — dans une voiture élevée sans prendre de précautions particulières (5), d'accélérer l'allure d'un animal dont on connaît la faiblesse de jambes), (1) ne constituent que de simples exemples de faute de la victime. Les difficultés commencent au contraire, quand, à la négligence de la victime, s'oppose une obligation de sécurité à la charge de l'auteur du dommage.

sation (*infra*, n. 12) et qu'il exige une faute lourde de l'auteur de l'accident pour que sa responsabilité soit mise en jeu : solution certainement critiquable. — V. également Amiens, 4 février 1826 : Rép. D. V° Chasse, 335.

(2) Ap. Colmar, 10 avril 1930, Munsch : G. Pal. 1930, 1, 941. Rép. D. V° Chasse, 335.

(3) Poitiers, 13 juillet 1914, Burgaud : S. 1918, 1919, 2, 23.

(4) Boissière, *op. cit.*, p. 215 et 220. — Sur les effets de la faute de la victime, cf. la note de M. Roux : S. 1930, 1, 33.

(5) Req., 14 mai 1900 : D. P. 1900, 1, 272, Guy.

(6) Req., 18 décembre 1899, Georget : D. P. 1900, 1, 132.

Depuis 1911 (7), la jurisprudence de la Cour de cassation impose au voiturier l'obligation de rendre sain et sauf le voyageur en vertu du contrat de transport. Conception d'équité, qui donnait à la personne accidentée de grandes facilités quant à la preuve de son droit à indemnité, mais que la doctrine n'a pas tardé à juger « mal venue » (8), dès que le développement de l'art. 1384, al. 1^{er}, C. civ. vint donner à la victime des avantages équivalents. N'était-il pas en effet illogique d'assimiler à un objet inerte une personne vivante, douée de mouvement, plus à même par conséquent de souffrir un dommage? (9). La jurisprudence se refusait pourtant à faire toute distinction entre les circonstances de l'accident : seules lui paraissaient déterminantes les fautes caractérisées de la victime, telles qu'une infraction aux règlements des compagnies (10). Plus généralement pourtant, et depuis quelques années, une nouvelle notion tend à s'épanouir : la personne transportée doit veiller à sa sécurité et dans cette mesure l'obligation du transporteur se trouve modérée; les exemples en sont nombreux du début à l'expiration du contrat de transport.

Le devoir de vigilance du voyageur commence dès qu'il pénètre sur les quais : il doit veiller à ne pas être broyé lors de l'entrée du train en gare, s'écarter des rails, s'abstenir de monter dans le train en marche. S'il

(7) Civ., 21 novembre 1911, Compagnie Générale Transatlantique c. Zbidi Hamida ben Mahmoud : D. P. 1913, 1, 249, note Sar rut - S. 1912, 1, 73, note Lyon-Caen - Rev. Int. XII, 24 - Rev. Crit. 1913, 198, note G. Ripert.

(8) G. Ripert, note : D. P. 1929, 1, 129, 5^e col.

(9) G. Ripert, note précitée et Rev. Crit. 1913, p. 200 : Dr. Mar., II, n. 1998. — Jossierand, Transports, 2^e éd., n° 866,883 et s. - D. P. 1929, 2, 17 - D. P. 1930, 1, 25. — Traité Dr. Civ., II, n. 486, 487 et 1304. — Danjon, t. III, 2^e éd., n. 1082. — Cf. Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 492.

glisse et subit un accident, il se trouve en faute et ne peut prétendre à aucun droit à réparation (11).

Une fois en voiture, et s'il circule, il doit prendre les précautions nécessaires pour ne pas être projeté dans les couloirs par les cahots normaux du train (12), se servir des barres d'appui qui lui sont destinées.

Si pendant une manœuvre, il se rend compte que l'accrochage d'un wagon est imminent, qu'un choc brutal va se produire, qu'il en prévient des tiers et néglige de se prémunir lui-même de l'accident possible, son droit à réparation disparaît encore (13).

Les plus récentes de ces décisions, estimant sans doute, inexactement selon nous, que l'acceptation des risques se trouve consacrée par la Cour de cassation dans le domaine du transport gratuit (*infra*, n. 29 et s.), expliquent par cette notion le dispositif qu'elles consacrent. En effet, ainsi que l'écrit M. Josserand, « la stipulation d'un salaire laisse subsister l'acceptation du risque par le voyageur et le prix ne fait rien à l'affaire » (14). Si le point de départ est admis, la conclusion est logique. De sorte que la cour de Lyon a pu dé-

(10) Poitiers, 15 avril 1924 : G. Pal. 1924, 2, 91, Dagneaux. — Com. Seine, 15 mai 1924 : Gaz. Pal. 1924, 2, 479, Decottignies. — Ap. Paris, 18 avril 1929, Senille, B. Tr., 1929, 117. « La victime a agi à ses risques et périls en montant sur le marchepied du train. » Contravention au décret du 11 novembre 1917.

(11) Ap. Chambéry, Juvanon du Vachat : G. Pal., 1926, 2, 88.

(12) Civ. Seine, 2 décembre 1925, Chemins de fer P.-L.-M. c. Chevalerias : Gaz. Pal. 1926, 1, 285. — Ap. Lyon, Merelle : D. P. 1930, 2, 23, 2^e espèce - Bull. Tr. 1931, 9 sur Com. Saint-Etienne : G. Pal. 1928, 2, 615 - B. Tr., 1^{er} décembre 1928. — Civ. Termonde, 7 mars 1929, Braem : Rev. gén. A. R., 1930, 636, et les décisions citées dans la note S. Waterschoot.

(13) Req., 16 janvier 1928, Lasvignes : S. 1928, 1, 180 - G. Pal. 1928, 1, 487.

(14) L. Josserand, note : D. P. 1930, 1, 25, 3^e col.

clarer dans l'arrêt Merelle « que le voyageur, en prenant son billet et en montant dans le train, a accepté tacitement les risques normaux et inhérents au mode de locomotion emprunté par lui (15). « L'obligation de sécurité qui pèse sur le transporteur », note M. Josserand, « n'est plus générale et absolue, tempérée qu'elle est par l'acceptation préconstituée du risque couru, avec lequel elle vient se conjuguer selon un dosage très délicat qui, une fois l'accident survenu et en cas de contestation, devra être effectué par le juge : le risque contractuel se répartit entre les parties au contrat » (16).

Il ne semble pourtant pas qu'il soit besoin de recourir, comme le fait la cour de Lyon, à l'idée de risque accepté pour justifier l'exonération du transporteur. En l'espèce, il s'agissait de déterminer à qui devaient incomber les conséquences d'un accident survenu à un voyageur, alors qu'il était projeté dans une courbe, contre la glace du wagon : les mouvements de tangage violents sont considérés comme des risques acceptés.

L'idée centrale qui domine nos développements conduit pourtant à l'écarter : ne suffisait-il pas plus justement de dire, ainsi que le fait M. Josserand, qu'« une obligation se dessine et tend à se préciser que le contrat de transport fait naître, dans le domaine de la sécurité, et non plus à la charge du voiturier, mais à celle de son client : le voyageur est tenu de veiller à sa propre sécurité » (17). C'est bien au fond sur ce terrain que se place l'arrêt, car il relève *l'imprudence* du voyageur qui n'a pas saisi la barre d'appui, n'a pas pris cette *précaution indispensable*, qui a *commis une faute* cause de l'acci-

(15) Ap. Lyon, Merelle, précité. — Cf. également Com. Lyon, 24 juin 1924. — Jur. Com. Lyon, 16 octobre 1929, cité et analysé par M. Josserand, *loc. cit.*

(16) L. Josserand *eod. loc.*

(17) Josserand, *op. cit.*, 3^e col.

dent. Pourquoi ne pas retenir simplement la faute de la victime ? Par l'acceptation du risque, on complique encore la théorie pourtant si discutable en elle-même de l'obligation de sécurité. Faisant reposer celle-ci sur l'intention des parties, on l'atteint par une intention nouvelle également douteuse. Existerait-elle même, elle devrait être variable selon les individus, alors qu'elle est présentée comme une obligation du voyageur de veiller à sa sécurité, qu'elle affecte donc un caractère objectif. Seule cette dernière idée doit être retenue, mais on voit par cela même combien est encore incertaine la théorie de la responsabilité du transporteur de personnes.

D'une part, avec cette jurisprudence nouvelle, il faudra distinguer entre les causes d'accident : l'obligation du voyageur de veiller à sa sécurité supposant qu'il en a les moyens. Dans un certain nombre de cas la victime ne peut s'opposer à la réalisation du dommage parce que celui-ci est imprévu et irrésistible : la compagnie devra être alors déclarée responsable. Dans les autres hypothèses, la conduite du voyageur sera appréciée : sa faute éventuellement relevée conduira ainsi à l'exonération partielle ou totale de la responsabilité du transporteur (18). D'autre part, des difficultés extrêmes naissent de l'appréciation du lien de causalité entre la faute commise et le dommage. Même au cas de contravention aux règlements sur la police des chemins

(18) Cpr. une idée différente dans la note de M. Jossierand précitée.

C'est peut-être par l'idée exposée au texte qu'il convient d'expliquer un arrêt de la Cour de Paris (19 juillet 1930, *Bonneau* : B. Tr., 1931, 9), dans lequel la cause de l'accident est restée inconnue.

Cf. pour la définition des chocs normaux la note B. Tr., 1931, 9.
« Ce sont ceux qui ne causent pas d'accidents aux voyageurs usant correctement des diverses installations mises à leur disposition. »

de fer, quand pourra-t-on dire que la faute est la cause de l'accident? Monter sur le marchepied du wagon est sans doute un acte prohibé, mais si aucun choc ne se produit, aucun accident ne survient. La jurisprudence française, fidèle à la théorie de l'équivalence des conditions, ne rencontrerait aucune difficulté à déterminer la charge de la responsabilité, mais les auteurs partisans de la doctrine de la causalité efficiente se trouvent en certains cas en présence de problèmes insolubles (19).

On ajoutera enfin, et par un phénomène très curieux, que la négligence des voyageurs relativement aux précautions nécessaires pour assurer leur sécurité amène la jurisprudence à recréer à la charge des compagnies de nouvelles obligations : il se produit une véritable compénétration des deux séries d'obligations ; aux heures et aux jours d'affluence, décide un arrêt de la cour de Paris (20), la compagnie a le devoir de protéger les voyageurs contre les dangers de l'entrée du train en gare et de la bousculade des départs. De même des décisions plus récentes relèvent, pour exonérer le transporteur, « la lenteur de l'entrée du train en gare... l'affluence normale des voyageurs..., l'absence de bousculade, n'imposant pas de mesures d'ordre spéciales... » (21).

Sous bénéfice de ces réserves on voit combien est cu-

(19) Cf. la note P. Tr. 1929, 117.

(20) Ap. Paris, 21 décembre 1922, Lemain : Gaz. Pal. 1923, 1, 240 et la note. — Comp. pour un accident forain : Colmar, 28 novembre 1929 : Rev. Jur. A.-Lor. 1930, 539 - Rev. Trim. 1930, 1061. — Et pour l'avis « que la traversée des voies se fait aux risques et périls de ceux qui empruntent les passages à niveau », la jurisprudence qui décide que la création d'un danger exceptionnel (train arrêté masquant l'arrivée d'un autre train) oblige la compagnie à prendre des mesures de sécurité particulières (Civ. Lyon, 28 novembre 1925 : G. Pal. 1925, 2, 176 et la jurisprudence citée.

(21) Ap. Chambéry, 24 novembre 1925 précité.

rieuse en matière contractuelle l'influence, sur l'obligation de sécurité, du devoir pour la victime d'éviter tout accident. Le problème se pose en termes semblables dans les arrêts rendus en matière d'attractions foraines. Qu'ils donnent à la responsabilité un fondement contractuel (22) ou délictuel (23), les arrêts recherchent si la victime a veillé à sa sécurité, et si l'accident survenu a pour cause un vice de fonctionnement de l'appareil, une négligence de l'entrepreneur de jeux, ou un manque d'adresse, d'agilité de la victime (24). Qu'il s'agisse des art. 1147 ou 1384, al. 1^{er}, dès que l'on connaît le danger auquel on s'expose, qu'on ne l'évite pas (25), qu'aucune faute ne peut être imputée à l'entrepreneur, la responsabilité de ce dernier se trouve dégagee.

On pourrait enfin expliquer ainsi un arrêt assez curieux de la cour de Lyon, reconnaissant une obligation de sécurité à la charge du propriétaire d'un manège, mais l'autorisant à prouver sa conduite de bon père de

(22) Ap. Paris, Dubray, 22 février 1926 : D. P. 1927, 2, 25 - Rev. Trim., 1927, 425. — Ap. Lyon, 7 décembre 1928 : D. H. 1929, 44 - Rev. Trim., 1929, 117. — Ap. Paris, 22 février 1926 : Rev. Trim., 1927, 425. — Grenoble, 27 février 1928 : Rev. Trim., 1928, 662. — Trib. Vienne, 26 avril 1927 : Rev. Trim., 1927, 647. — Civ. Nancy, 26 juin 1925, Duren : D. P. 1927, 2, 25, 2^e espèce, et Rev. Trim., 1926, 163. — Lyon, 7 décembre 1928, Salque : D. H. 1929, 44, cité en ss note de Com. Saint-Etienne, 28 décembre 1928 : Gaz. Pal., 1929, 1, 551, Verdier.

(23) Application de l'art. 1384 (Ap. Rouen, 17 mai 1924 : D. P. 1927, 2, 25, 1^{re} espèce, Benner, note H. Lalou : Rev. Trim. 1927, 425).

Application de l'art. 1382 (Ap. Dijon, 4 novembre 1912 : Rec. Dijon, 1912, 104. — Paris, 5 juillet 1924 : D. H., 1924, 627, Dalous. — Com. Saint-Etienne, 1^{er} mars 1928 : D. H. 1928, 363.

(24) Ap. Rouen Benner précité, req. 9 juillet 1919 : Gaz. Trib., 1919, 1, 83, Gatellier. — Paris, 5 février 1913 : La Loi, 28 août 1913.

(25) Ap. Nancy, 26 juin 1925, Duren : D. P. 1927, 2, 25, 2^e espèce.

famille pour se décharger de sa responsabilité. La part de l'activité de la victime dans la survenance du dommage prend dans cette espèce une importance particulière (26).

25. — Si l'on cherche dès lors à préciser le domaine de l'acceptation des risques, on voit combien il est réduit, puisque, dans nombre de cas, l'exonération de responsabilité de l'auteur du dommage tient soit à la substitution d'une règle d'appréciation de la faute à une autre, soit à la faute de la victime. Pour que le problème se pose, il faut imaginer que de la seule situation de fait va découler un allègement de responsabilité ; or, cette hypothèse, susceptible de confirmation sur le terrain contractuel, se trouve sans valeur pour la responsabilité délictuelle.

26. — Quand il s'agit de contrat on conçoit avec facilité que le créancier puisse alléger les obligations de son débiteur et restreindre dans cette mesure sa responsabilité. S'il le fait d'une manière expresse, aucune difficulté n'est soulevée du point de vue du consentement : mais peut-on reconnaître l'existence d'une volonté tacite ? Sans doute, si le créancier a accompli des actes non équivoques de son intention, s'il a déjà contracté, par exemple, dans des conditions où la diminution des obligations était formellement stipulée, la question est simple à résoudre. Mais dans les autres cas ? La question s'est posée sur le terrain contractuel de la façon la plus intéressante pour la responsabilité du transport aérien (1).

(26) Lyon, 1^{er} avril et 21 octobre 1922 : D. P. 1924, 2, 51, note H. Lalou. — V. également Seine, 26 novembre 1923 : G. Trib., 11 février 1925 - Rev. Trim., 1925, 379.

(26-1) Sur cette question, cf. G. Ripert, note D. P. 1925, 2, 137 - Rev. Jur. L. A. 1923. La responsabilité du transporteur aérien. —

On sait avec quelle acuité a été discuté, pour ce contrat, le caractère délictuel (2) ou contractuel (3) de la responsabilité découlant de son inexécution. L'adoption de l'une ou de l'autre théorie avait une conséquence essentielle aux yeux d'une partie de la doctrine : la validité ou la nullité des clauses d'exonération insérées par le transporteur. On tentait également de lui faire produire effet pour déterminer si la victime était obligée de faire la preuve de la faute ou si elle pouvait user (pour employer un mot inexact, mais descriptif) de la présomption de faute existant en matière contractuelle. Sur ce point, l'hésitation n'était guère permise, mais ce qui était douteux, c'est que le contrat comprît l'obligation de sécurité imposée depuis 1911 au transporteur terrestre de personnes. L'intention des parties ne permettait-elle pas de l'exclure ? C'est sur ce terrain que se plaçait M. G. Ripert dans sa critique d'un arrêt de la cour de Grenoble, qui avait admis l'existence d'une obligation de sécurité, d'autant plus stricte que le public est habituellement renseigné insuffisamment sur les dangers de ce mode de transport. « On pourrait tout

Rapport à la Société d'Etudes législatives (Bulletin 1921, II, 261). — Le Bourhis, Des obligations et de la responsabilité des compagnies de navigation aérienne dans le transport de personnes, Th. Paris, 1929 (93).

(2) Civ. Seine, 24 mars 1924, Raymon-Pascal : G. Pal. 1924, 1, 686 - Gaz. Trib., 1925, 2, 188 - Rec. Per., 1924, 105.

(3) Civ. Vienne, 4 décembre 1924, Guillot : G. Trib., 1925, 2, 577 - R. J. L. A., 1925, 54, et Grenoble, 25 mars 1925 : G. P. 1925, 1, 744 - R. J. L. A., 1925, 292 - D. P. 1925, 2, 137, note G. Ripert - D. H. 1925, 318 - Rev. Trim., 1925, 625, et les observations de M. R. Demogue.

Paris, 28 novembre 1925, Cie des Messageries Aériennes c. Lambert : G. P. 1926, 1, 124 - R. J. L. A., 1926, 116 - G. Trib., 1926, 2, 270. — Paris, 10 juin 1926, Evans : D. H. 1926, 397 - G. Trib., 8 juillet 1926 - Rev. J., 1926, 379. — Paris, 4 février 1927, de Courson de Villeneuve : G. Pal., 1927, 1, 603 - Sem. Jur., 1927, 392. — Req., 12 mai 1930, Vve Carroll : B. Tr., 1931, 12.

aussi bien soutenir en sens contraire », écrivait-il, « que l'obligation contractuelle de sécurité n'existe pas dans les transports où les passagers connaissent et acceptent des risques exceptionnels. L'hésitation de la Cour de cassation à reconnaître l'obligation de sécurité dans le contrat de transport, a été trop grande pour que l'on puisse légitimement se demander s'il y a lieu d'admettre cette obligation pour un mode nouveau de transport, dans lequel une insécurité relative semble être la rançon de la rapidité. Plutôt que d'affirmer l'existence de cette obligation comme une conséquence nécessaire de la nature juridique du contrat, on pourrait, en la fondant sur la volonté probable des parties, l'exclure dans certains contrats à raison de l'intention commune des contractants » (4). La jurisprudence s'est pourtant refusée à consacrer cette théorie, et elle doit être approuvée. A la suite de l'exclusion de l'obligation de sécurité du cercle contractuel, la victime n'aurait-elle pu agir par l'action délictuelle de l'art. 1384, al. 1^{er}, C. civ.? La situation du débiteur n'aurait en rien été améliorée.

La question semblait donc réglée, si trois arrêts récents de la Cour de cassation ne montraient dans leurs motifs combien cette question est encore agitée (5).

Devant statuer à la demande d'une compagnie de navigation aérienne sur la validité d'une clause d'exonération de responsabilité, la cour de Paris s'était refusée à procéder à son examen sous le prétexte qu'« elle était libellée en termes tellement généraux qu'elle écartait

(4) G. Ripert, note : D. P. 1925, 2, 137. L'arrêt de la Cour de Paris, 4 février 1927, tout en reconnaissant le caractère contractuel de l'action nie l'existence d'une obligation de sécurité.

(5) Cass., 12 mai 1930, Cie des Messageries Aériennes c. Vve Carroll : Bull. Trim., 1931, 12 - Gaz. Pal., 1930, 2, 118. — Cass., 21 juillet 1930 : Gaz. Pal., 1930, 2, 373. — Cass., 11 février 1931 : Gaz. Pal., 20 mars 1931.

toute responsabilité, même délictuelle, du transporteur aérien, et même toute responsabilité contractuelle à l'égard de ses fautes lourdes assimilables au dol ».

La Cour de cassation censure l'arrêt pour ne pas avoir recherché dans quelle mesure la clause pouvait être valable, mais elle fait précéder cette décision de considérations générales qui doivent retenir l'attention : « Attendu qu'en matière de transport aérien, si le transporteur tient en principe du contrat l'obligation de conduire saines et sauvées à destination les personnes transportées, aucun texte, même antérieurement à la loi du 31 mai 1924, non plus que l'ordre public, ne lui interdisent de limiter conventionnellement sa responsabilité aux accidents imputables à sa faute personnelle, à l'exclusion de ceux provenant de risques inhérents à un mode de locomotion qui n'est pas encore parvenu à son point de perfectionnement, et dont n'use qu'une cliente avertie » (6). Dans ces mots se retrouve la pensée de M. G. Ripert, au point que l'on peut préciser les conséquences de cette formule. La clause de non-responsabilité joue ici la même fonction qu'une convention expresse limitative des obligations du transporteur, car il est licite de réaliser par une convention différente de la clause d'exonération ce que la Cour de cassation autorise. Mais il est alors extrêmement curieux de constater que l'obligation de sécurité se trouve alors laissée à la discrétion des parties : proposition sur laquelle nous aurons ultérieurement à revenir et qui devra être exami-

(6) V. particulièrement Cass., 21 juillet 1930 précité, et dans les motifs de l'arrêt du 11 février 1931 les termes de la clause de la Compagnie Franco-Roumaine : « La Compagnie décline toute responsabilité à raison des dommages causés aux personnes ou aux choses transportées, le transport aérien différant essentiellement des autres modes de transport précédemment usités. » Ces mots contiennent toute l'argumentation présentée contre l'obligation de sécurité dans le transport aérien.

née en détails. Provisoirement, il nous suffit de tirer de cette étude une seule conclusion. L'acceptation prétendue des risques tirée de la volonté des parties a été rejetée par la jurisprudence. Seule une convention formelle produit l'effet d'exonération par suite de la limitation des obligations du transporteur. De même, en droit maritime, la clause « at owner's risks » ne suffit pas à affranchir le capitaine de la responsabilité de ses fautes (7).

27. — Si l'acceptation tacite des risques ne produit aucun effet en matière contractuelle, à plus forte raison doit-il en être ainsi en matière délictuelle. Pourtant, deux séries d'arrêts de la Cour de cassation y sont relatives, du moins d'après une partie de la doctrine.

La première décision est déjà fort ancienne : elle intervint à propos de l'espèce suivante. Selon certains usages locaux, les bestiaux sont mis au pacage dans des prés communs pour y rester nuit et jour sans aucune garde. Un accident survient : une bête est blessée ; une action en responsabilité est-elle ouverte ? La Cour de cassation déclare, que le jugement attaqué « a pu à bon droit décider que les parties avaient entendu s'affranchir réciproquement de toute responsabilité en ce qui concerne les accidents qui pourraient résulter du pacage commun, que les chances d'accident étant les mêmes pour toutes les parties, et toutes deux s'y étant volontairement exposées, le demandeur ne saurait trouver dans un fait qui leur est commun le principe d'une action pour se plaindre des conséquences d'un état de choses qu'il a lui-même accepté » (1). L'arrêt, s'il se

(7) G. Ripert, *Dr. Marit.*, II, n. 1502, 3^e éd., p. 464.

(27-1) Civ., 2 juillet 1851, Hurtaut : D. 51, 1, 189 - S. 1851, 1, 447 - P. 1856, 2, 656. — Cf. sur cet arrêt, Planiol, Ripert, Esmein, n. 404, p. 566. — G. Ripert, *Limites de la liberté contractuelle*, n. 350. — Cassan., *op. cit.*, p. 368.

rapportait à l'acceptation des risques, présenterait un intérêt doctrinal considérable. Par ses motifs, il toucherait même la théorie des clauses d'irresponsabilité, dont la majorité de la doctrine n'admet pas la validité en matière délictuelle. L'arrêt précise bien, en effet, que la solution est consacrée parce qu'il y a *affranchissement réciproque, chances d'accident équivalentes, fait commun* : c'est l'éventualité du dommage au préjudice de chaque partie qui légitime la solution de la Cour ; il est difficile d'admettre qu'elle serait semblable si la charge devait en retomber sur une seule personne, ce qui est le cas pour les clauses d'exonération.

Quelque séduisante que soit cette construction, reposant sur la différence de l'acceptation des risques et des clauses d'exonération, elle ne semble pas devoir être tirée de l'arrêt Hurtault, parce que l'idée d'acceptation des risques elle-même lui est étrangère. Pour en comprendre le sens il faut se reporter par la pensée à l'analyse qui était alors faite de l'art. 1385 C. civ. et qui se traduit tant dans le jugement attaqué que dans le pourvoi et dans l'arrêt de cassation.

L'art. 1382 apparaissait comme le texte fondamental de la responsabilité civile, en fonction duquel étaient interprétés les al. 2 et s. de l'art. 1384 (l'al. 1^{er} de l'art. 1384 n'ayant pas encore vie autonome) et les art. 1385 et 1386. « On est responsable », soutenait le pourvoi, « du dommage causé par sa faute (art. 1382) ou par sa négligence ou son imprudence (art. 1383) — par la faute de ceux dont on doit répondre (art. 1384), enfants, domestiques, préposés, parce qu'on ne les a pas suffisamment surveillés, ou — par l'animal dont on se sert (art. 1385), parce qu'on ne l'a pas non plus suffisamment surveillé ou assez habilement dirigé, — enfin par la ruine d'un bâtiment parce qu'on ne l'a pas suffisamment entretenu. Comme on le voit, la responsabilité a

toujours pour cause une faute imputable à la personne responsable, jamais elle n'est la conséquence de la simple qualité de propriétaire ». Ce point de départ étant admis, le fondement de l'irresponsabilité apparaît très nettement. « Les propriétaires sont exonérés de toute responsabilité s'ils n'ont commis aucune faute, et *on ne saurait leur en imputer aucune si, en se conformant à l'usage du pays, ils ont abandonné sans surveillance leurs chevaux dans une prairie.* » On comprend dès lors l'arrêt de la Cour suprême. C'est la dispense de surveillance (et non une aléatoire acceptation des risques) qui, faisant disparaître l'obligation de garde, efface la faute et par suite supprime le recours à l'article 1385. L'irresponsabilité se trouve en effet bien déduite par l'arrêt de la circonstance que « de commun accord ces parties s'étaient dispensées mutuellement de surveiller leurs juments... et que l'art. 1385 ne se trouvait pas applicable à la cause » (2). Ces derniers mots contiennent la justification de l'analyse précédente. L'art. 1385 n'est pas écarté par la convention, mais rejeté, étant donné l'absence de la condition de faute sur laquelle il repose. On doit donc admettre, avec cette conception, que si l'un des propriétaires avait mis au pâturage une bête vicieuse, sa faute réapparaîtrait et sa responsabilité.

Ces solutions sont devenues inadmissibles depuis le moment où la Cour de cassation n'a attaché qu'à la force majeure, à la faute de la victime ou au fait d'un tiers la valeur de causes d'exonération. Il serait impossible de reproduire aujourd'hui l'argumentation et la

(2) Civ., 2 juillet 1851 précité. — Comp. la formule du jugement de Fontenay sur lequel a été rendu l'arrêt de cassation : « Attendu que la responsabilité des propriétaires de chacun de ces animaux cesse..., puisqu'ils se sont mis dans l'impossibilité de surveiller ces animaux. »

solution précédentes (3). Sur le plan du droit actuel, M. Et. Martin a pu critiquer avec beaucoup de force une décision qui, postérieurement au revirement de jurisprudence sur l'art. 1385 a maintenu bien qu'avec des réserves la solution de l'arrêt Hurtault (4). On devrait pourtant admettre que le fait de laisser sans surveillance des animaux exposés à un danger constitue une faute de nature à atténuer la responsabilité du gardien de l'animal dommageable : on écarterait d'ailleurs, par là, la doctrine de l'acceptation des risques.

28. — Cette précision étant donnée, il apparaît légitime de maintenir que l'arrêt de 1851 est étranger à l'acceptation des risques.

La discussion est au contraire beaucoup plus délicate quand il s'agit de la seconde série d'hypothèses dans lesquelles cette théorie aurait été consacrée : la responsabilité du transporteur bénévole. Nombre d'auteurs expliquent par l'idée du risque accepté l'atténuation de sa responsabilité : il semble même que ce soit en cette matière le seul point certain, avec l'impossibilité d'appliquer l'art. 1147 ou l'art. 1384. Mais les divisions commencent dès qu'il s'agit d'expliquer le mécanisme de cette acceptation des risques.

29. — Dans une théorie simple, mais brutale, le voyageur serait en faute d'accepter de monter dans une

(3) Ap. Rouen, 8 août 1903, Odiau : S. 1904, 2, 282, sur Civ., Louviers, 20 mars 1903 : Gaz. Pal., 1903, 1, 731 qui avait admis au contraire l'acceptation des risques. Ce jugement est, de plus, curieux en ce qu'il admet que l'exclusion de l'art. 1385 laisse subsister l'application des art. 1382, 1383 et 1384, C. civ. On se demande par quel énigme ce texte est d'ordre public, alors que l'art. 1385 ne l'est pas.

(4) Pau, 15 novembre 1886, Sarailhé : S. 1887, 2, 184 - P. 1887, I, 985, et les observations de M. Et. Martin sur cet arrêt sous Aubry et Rau, VI, § 448, 5^e éd., p. 422, note 1 *ter*.

automobile, chose dangereuse et susceptible de lui faire courir des risques (1). Les principes de la faute commune ou de la faute exclusive de la victime s'appliqueraient dès lors (2).

Si cette idée semble légitime dans certains cas, elle ne peut être pourtant généralisée. Dans certaines espèces, l'imprudence est flagrante : promenade acceptée ou sollicitée dans des conditions dangereuses, la nuit — par mauvais temps; prière de conduire à une allure excessive —; fait, de la part de la victime, de monter dans un véhicule instable alors que son état physique eût dû l'y faire renoncer; de se livrer à un conducteur dont on connaît l'ignorance, l'incapacité, la négligence (3). Mais si l'on met à part ces types de faute caractérisée, peut-on vraiment dire qu'il y a en tous cas imprudence à monter dans une voiture ? (4) D'une part, on devrait appliquer la même règle au transport à titre onéreux, car il n'y a aucune raison de distinguer entre les deux situations, et la conséquence de cette idée serait de dénier, même en ce cas, à la victime, tout droit à dommages-intérêts. D'autre part, et si l'acceptation des risques se ramenait simplement à la théorie de la faute, on ne comprend pas pourquoi l'art. 1384, al. 1er, se trouverait écarté : il suffirait d'établir, comme en tant d'au-

(29-1) S. Chatillon, *op. cit.*, p. 106 et s.

(2) Cf. note Roux sous *crim.*, 18 mai 1928, Lemaître : S. 1930, 1, 33 (et la doctrine citée) dans laquelle l'auteur tente de démontrer que la responsabilité de l'auteur du dommage disparaît dès qu'une faute égale ou supérieure est prouvée à la charge de la victime.

(3) V. Montpellier, 8 octobre 1924 : D. P. 1925, 2, 41, Giraud. — Paris, 18 juillet 1925 : *Rec. per.* 1925, 241, Vielleville. — Montpellier, 21 octobre 1930, Devève : G. Trib., 27 janvier 1931 - *Gaz. Pal.*, Som. I, 1931, 28. — Civ. Seine, 30 juin 1926 : G. Pal. 1926, 2, 408, Jubin.

(4) Cf. Amiens, 4 février 1826, Delamustière : *Jur. gén.*, V° Chasse, n. 333, qui refuse d'admettre que l'on soit en faute par le seul fait que l'on s'associe à une chasse.

tres matières, un départ entre les deux responsabilités (5). On remarquera enfin que pour certains tribunaux la faute de la victime apparaîtrait comme accessoire, non efficiente, et disparaîtrait devant la responsabilité de l'auteur du dommage.

30. — Sans s'arrêter plus longtemps à cette explication, il convient donc d'examiner la suivante beaucoup plus nuancée. Par le fait de l'acceptation des risques, une convention tacite d'irresponsabilité se formerait, par laquelle la personne transportée exonérerait le conducteur des conséquences des risques normaux qu'elle peut courir.

La Cour de Dijon est particulièrement fidèle à cette analyse, qui lui est d'ailleurs naturelle puisqu'elle semble reconnaître à la responsabilité du transporteur bénévole un caractère contractuel : elle invoque en ce sens les arguments classiques : l'impossibilité d'abandonner le transport une fois qu'il est commencé, l'analogie avec les contrats de dépôt ou de prêt gratuits. Elle décide en conséquence que « le transporteur est

(5) Cf. pourtant Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 571, 601 et 620. Cette solution est celle de la Cour de cassation (Req., 25 novembre 1924 : S. 1926, 1, 129, note M. Hubert). — Par trois arrêts récents (Req., 29 novembre 1928 : D. H. 28, 559 - Rép., 23 mai 1928 - D. H., 383. — Cass., 8 décembre 1930 : D. H. 1931, 36), la Cour de cassation décide que la présomption de l'art. 1384 n'est détruite que si l'accident est totalement imputable à l'imprudence de la victime. Le juge du fond a toute liberté pour exclure en tout ou en partie les conséquences de l'art. 1384 (Rapp. Demogue : Rev. Trim., 1929, 115).

A cette conception qui admet la possibilité de retenir la responsabilité du gardien s'oppose celle qui oblige la victime, au cas de faute de sa part, à faire la preuve de celle de l'auteur. On se retrouve bien dans ce cas dans une situation de fait voisine de celle du transport gratuit (Voyez L. Josserand, note : D. P. 1908, 1, 277. — Boissière, *op. cit.*, p. 214 et s. — Demogue, IV, n. 800 *bis*, et 1925, 110. — H. Capitant : Les passages cloutés, Chron. : D. 1931).

censé avoir exigé du tiers qu'il s'interdise de recourir contre lui, quant aux risques que peut présenter le véhicule ou son usage normal » (1) et quant « aux fautes et aux faits qui ont pu être normalement envisagés par la personne transportée » (2). Il y aurait là « une convention analogue au contrai si fréquent et incontestablement licite par lequel on se décharge d'avance des conséquences civiles de sa responsabilité en les faisant supporter sur un tiers qui les assure ». Ce fondement est des moins satisfaisants : l'assurance est un contrat synallagmatique, aléatoire, à titre onéreux, d'indemnité, par lequel, en contre-partie d'une prime, l'assureur répare les conséquences de la survenance chez l'assuré du risque envisagé, l'opération étant économiquement possible par la prise et la répartition d'un certain nombre de risques. Aucune des exigences variées impliquées par cette définition : indemnité, prime, prise et répartition de risques ne se rencontre dans le transport gratuit. L'idée vaut pourtant d'être notée parce que bien souvent l'assurance a été rapprochée des clauses d'exonération afin de valider ces dernières. La Cour de Dijon recourt ainsi immédiatement à la justification prétendue de la clause d'exonération.

Le problème qui se pose dès lors est de savoir s'il est possible de retenir l'existence d'une pareille convention et, en second lieu, de vérifier si les effets qu'elle produit concordent avec ceux des clauses d'exonération.

L'étude qui a été faite dans la section précédente de

(30-1) Dijon, 19 avril 1929, Aumeilley : G. Pal. 1929, 2, 592, ss note b.

(2) Ap. cor. Dijon, 30 avril 1929, Dubief-Verriot : G. P., 1929, 2, 593 ss note c. — Cf. dans le même sens Ap. Dijon, 20 mai 1930, Chancel : Gaz. Pal. 1930, 2, 575. — 9 octobre 1928 : Gaz. Pal., 1928, 2, 885. — Colmar, 12 décembre 1929, Vve et mineurs Finck : Rev. A.-Lor., 1930, 163. — Com. Saint-Etienne, 10 octobre 1929, Perrier : G. Trib., 15 avril 1930.

ce chapitre ne saurait laisser de doute sur le premier point : admettre une convention n'est qu'une pure fiction. On crée de toute pièce une présomption de volonté dont on dissimule mal le caractère artificiel. La Cour de Dijon le reconnaît d'ailleurs en déclarant que le transporteur est « réputé » avoir « exigé » la suppression des recours éventuels contre lui. On cache sous le couvert d'une interprétation de volonté la création d'une règle de droit judiciaire. Si l'on veut d'ailleurs aller encore plus loin dans ces constructions de l'esprit, certains arrêts de la Cour de Bruxelles peuvent servir de guides. Cette juridiction n'a-t-elle pas déclaré elle aussi et avec une « rectitude » analogue à celle de la Cour de Dijon que le transporteur est « réputé » avoir limité sa responsabilité à l'émolument de la police d'assurance (3) ou, comme l'ont fait d'autres décisions que, par une sorte de contrat tacite, l'invité doit donner des conseils de prudence, signaler les dangers à éviter (4). Si l'on ne devait réserver ces mots à une controverse bien différente, il faudrait dénoncer ici une crise de romantisme juridique.

La même fantaisie entacherait une explication pourtant plus satisfaisante quant au fond et par laquelle on admettait que la connaissance des risques entraîne une détermination du contenu des obligations du transporteur : ce dernier s'engageant non pas à mener à bien le transport, mais seulement à faire montre de la diligence que l'on attend de lui. Rien ne permet une pareille supposition en partant d'une volonté hypothétique.

Ramenée à une convention de non-responsabilité,

(3) Ap. Bruxelles, 11 décembre 1926, Myneke : P. 1927, 2, 75 - Rev. Gén. Ass. R., 1927, 39. — Ap. Bruxelles, 29 juin 1928, Alliance Assurance : B. J. 1928, 492 - Rev. Gén. Ass. Resp., 1928, 350.

(4) Gand, 24 novembre 1927, Delporte : B. J. 1928, 175. — Bruxelles, 7 octobre 1927, Croix-Lemoine : Pas. 1928, 2, 59.

l'acceptation des risques rencontrerait d'ailleurs des obstacles certains.

Une partie de la doctrine lui reprocherait, en premier lieu, d'être illicite comme permettant de porter atteinte au corps humain. La règle « *volenti non fit injuria* » cesserait ici de recevoir application parce qu'elle heurterait l'ordre public (5). Il nous faudra plus tard revenir sur cette idée : dès maintenant, il est possible de noter qu'elle n'est pas très décisive : en effet, la clause d'irresponsabilité n'autorise pas à léser le corps humain, mais seulement à supprimer le droit à des dommages-intérêts si une faute est involontairement commise. D'autre part, la règle « *volenti non fit injuria* » couvre peut-être même les atteintes volontaires à la santé ou à la vie. Enfin, la Cour de cassation soumet au même régime les conventions d'exonération relatives aux personnes ou aux biens : un exemple en a déjà été donné pour le transport aérien. Ne faudrait-il même pas aller plus loin et reconnaître dans ce cas que l'irresponsabilité pourrait être formellement stipulée, alors qu'il n'en serait pas de même en droit commun, parce que le transport est gratuit, et que la validité de la clause d'exonération dépendrait des avantages retirés par le créancier de sa renonciation anticipée à tout droit à réparation. Ultérieurement et à l'occasion des clauses d'exonération, il nous sera aussi donné de revenir sur cette intéressante idée, mais en l'espèce, il faudrait que l'existence d'une convention soit démontrée. Or, cette condition fait défaut dans le transport gratuit.

De plus, et si l'on comprend parfaitement que la clause de non-responsabilité soit validée, quand, le sacrifice consenti par le créancier correspond à celui du débiteur qui fait au premier de meilleures condi-

(5) Demogue, *Oblig.*, III, 234, p. 382 et ss., Lalou : D. P. 1914, 2, 73.

tions, peut-on vraiment dire qu'il en est ainsi dans le transport gratuit. Bien que les recherches d'intention soient le plus souvent entachées d'un grand arbitraire, il est néanmoins certain que le transporteur à titre gratuit, dans les relations de complaisance, n'est pas un transporteur à titre onéreux qui a renoncé au prix, afin d'échapper à une responsabilité éventuelle, mais bien un individu qui, dès le début de l'opération, n'a pas eu de but lucratif. A trop généraliser l'idée juste qui sert de base à la théorie, on diminue sa valeur technique.

Si l'on doit condamner le rapprochement fait par la Cour de Dijon entre l'acceptation des risques et les clauses de non-responsabilité, c'est en se plaçant d'un autre point de vue.

La jurisprudence relative aux clauses d'exonération décide en effet que la démonstration d'une faute quelconque de l'auteur suffit à engager sa responsabilité. Dans la doctrine de l'acceptation des risques, les conséquences des fautes du transporteur peuvent au contraire être assumées par la personne transportée. Certains arrêts l'ont admis, mais hésitent à consacrer une solution portant logique à l'acceptation éventuelle des fautes lourdes du conducteur. D'espèce en espèce, les solutions varient, un même fait est tantôt réputé accepté et tantôt repoussé (6). La Cour de cassation déclare au contraire que la victime peut obtenir des dommages-intérêts du gardien de l'automobile, si elle établit à sa charge, ou à celle de son préposé une faute qui leur soit imputable aux termes des art. 1382 et 1383 C. civ. (7).

(6) Dijon, 30 juillet 1929, Dubief-Verriot : D. H. 1929, 483.

(7) Cf. Dijon, 20 mai 1930. — Colmar, 12 décembre 1929. — Com. Saint-Etienne, 10 octobre 1929 précités. — Et en Belgique, Liège, 17 juin 1927 : Rev. Gén. Ass et Resp., 1928, 352. — R. Savatier, note : D. P. 1928, 1, 153, 3^e col. — Vié, Th. Montpellier, p. 224-25. — Ricol : D. P. 1926, 1, 121, et particulièrement p. 124. — CONTRA : Dans l'esprit de la Cour de cassation : Douai, 29 no-

On ne saurait donc parler d'acceptation tacite d'une faute.

31. — Ainsi, absence de convention, contradiction interne, impossibilité de réduction à une clause d'exonération, tout conduit à écarter la conception d'une acceptation conventionnelle des risques (1).

Reste alors l'examen des arrêts de la Cour de cassa-

vembre 1929 : La Prévoyance : Rec. Douai, 1930, 5 - D. H. 1930, t. 1. — Civ. Montluçon, 24 décembre 1929, Exhenbrenner : Gaz. Pal., 1930, 1, 471. — Civ., Laval, 23 octobre 1930, Bigot : Gaz. Pal., 1930, 2, 606. — Nîmes, 14 décembre 1925, Vallier : G. P. 1926, 1, 298. — En Belgique, Ap. Gand., 24 novembre 1927 : Rev. Gén. A. R., 1928, 264. — Bruxelles, 23 mars 1928 : Rev. 1928, 351. — Bruxelles, 11 avril 1929 : Rev. 1929, 493. — Et G. Ripert, note D. P. 1928, 1, 145, 4^e col. — F. Géný, note : S. 1928, 1, 353 *in fine*. — Planiol. Ripert, Esmein, n. 622, V. pourtant Esmein, note : S. 1926, 1, 249 *in fine*. — Certains arrêts ont d'ailleurs écarté l'article 1384 parce qu'il n'y aurait pas fait de la chose.

De la substitution de l'art. 1382 à l'art. 1384 devrait résulter au profit du transporteur bénévole un appréciable allègement de responsabilité : en fait, on se contente très facilement d'un fait quelconque ; il suffit de décider que le conducteur n'est pas resté maître de sa voiture (Civ. Montluçon, 24 décembre 1929, Exhenbrenner : Gaz. Pal. 1930, 1, 471).

(31-1) Par contre, il semble prudent de réserver un argument dont on a fait rarement usage : on a objecté que l'acceptation des risques, et l'exonération de la faute légère créeraient une distinction condamnable entre les fautes réprimées par les voies pénales ou civile, alors que la jurisprudence se fixe dans ce sens de l'identité des deux fautes. Cette critique, adressée à un arrêt de la Cour de Dijon (19 avril 1929, précité et 8 mai 1929 : Rev. Trim. 1929, 576) est juste au cas d'acceptation des risques où aucune convention d'exonération n'a été stipulée : elle n'est guère probante pour une clause d'exonération formelle. Du fait que toute faute pénale est une faute civile, il n'en résulte pas qu'il doive y avoir toujours réparation civile quand la responsabilité pénale est engagée (V. *infra* n. 167 et P. Esmein, note : S. 1926, 1, 249).

tion. Depuis son arrêt du 27 mars 1928 (2), la Chambre civile dénie à la personne transportée le droit d'obtenir des dommages-intérêts si elle ne prouve la faute du gardien, puisqu'elle a « accepté ou sollicité de participer à titre gracieux à l'usage de la voiture en pleine connaissance des risques, auxquels elle s'exposait. » Connaissance des risques, participation à l'usage, gratuité du transport, telles sont donc les trois idées qui constituent pour la Cour de cassation la justification de l'exclusion de l'art. 1384, alinéa premier C. civ. Selon les tendances propres à chaque auteur, l'un ou l'autre de ces trois termes a servi à une construction juridique : ils doivent être soumis successivement à l'analyse.

Le premier vise la « connaissance des dangers auxquels expose l'usage de la voiture ». On ne peut y voir l'approbation donnée à la théorie du risque accepté, car la Cour de cassation fait produire effet, non à une convention, mais à un simple état d'esprit unilatéral (3). D'ailleurs, elle repousse les conséquences de cette théorie en admettant qu'une faute quelconque prouvée aux termes des art. 1382 ou 1383 suffit à établir la responsabilité du gardien.

Vient alors l'idée de « participation à l'usage ». La présomption de l'art. 1384 serait établie « pour protéger les victimes du dommage causé par une chose à l'usage de laquelle elles n'ont point participé ». Quand

(2) Civ., 27 mars 1928, Gasse : D. P. 1928, 1, 145, note G. Ripert - S. 1928, 1, 353, note F. Génv. — Req., 9 juin 1928, Brousse : D. P. 1928, 1, 153, note R. Savatier. — Civ., 7 janvier 1929, Sordet : S. 1929, 1, 249, note P. Esmein. — Civ., 15 janvier 1929 : Gaz. Pal. 1929, 1, 298, Derivaz. — Civ., 24 juillet 1930, Laus : Gaz. Pal. 1930, 2, 572. — Civ., 1^{er} août 1930, Gros ; — *id.* Civ., 28 mai 1930, Alonzo, ss note a : Gaz. Pal. 1930, 2, 572.

(3) G. Ripert, note D. P. 1928, 1, 145. Limites de la liberté contractuelle, 1929-30, p. 354. — Certaines décisions ont anciennement appliqué à l'article 1386 le système de l'acceptation des risques : Compègne, 10 mars 1920 : Gaz. Pal. 1920, 1, 507.

on place sur ce terrain la discussion, un point devient évident : l'art. 1384 se trouve alors écarté parce que manque la base sur lequel il repose. La recherche du fondement de l'art. 1384 devient donc essentielle : la définition donnée pouvant avoir des portées toutes différentes selon le sens donné au mot « usage ».

Si l'on prend ce mot dans son acception banale d'utilisation matérielle d'une chose, la solution ne saurait satisfaire car l'art. 1384 est applicable à l'ouvrier blessé au cours de son travail et qui n'est pas protégé par la loi de 1898 (4).

Infiniment plus séduisante serait une autre explication, parfaitement légitime, si l'on fondait l'art. 1384 sur la théorie du risque (5). Celui-ci étant attaché au profit, seraient participants à l'usage de la chose tous les individus qui en retireraient un avantage, s'en serviraient dans leur intérêt personnel. Certaines décisions s'éclairent parfaitement avec ce critère, quelles accordent le bénéfice de l'art. 1384 aux préposés se servant des outils qui leur sont confiés, ou à la personne transportée gracieusement quand celle-ci ne consent au déplacement que pour rendre service au gardien (6).

Bien que la jurisprudence ait formellement refusé de lier la garde au profit, et que l'idée précédente doive être ainsi repoussée, elle permet pourtant d'approcher de l'explication véritable. Puisque l'art. 1384 est destiné à la protection des tiers et non de ceux qui s'associent délibérément et de leur plein gré à l'usage de la chose, c'est cette dernière notion qui doit donner l'explication de la décision de la Cour de cassation. Plus

(4) Cass., 27 février 1929, *Laid Fall* : D. P. 1929, 1, 129, note de M. G. Ripert.

(5) Savatier, note D. P. 1928, 1, 153, 3^e col.

(6) Com. Saint-Etienne, 30 mai 1930, ss. note f, Laposta : *Gaz. Pal.* 1930, 2, 572.

que de participation à l'usage, ne s'agirait-il pas de participation à la garde ?

La qualité de gardien, verra-t-on plus loin, est caractérisée par la réunion de deux faits : l'initiative de l'individu qui fait entrer l'objet dommageable dans les éléments de causabilité de l'accident, et son indépendance à l'égard des tiers lui permettant d'agir en maître vis-à-vis de la chose et de la placer dans une condition telle qu'elle ne puisse être nuisible. Si les deux éléments font défaut l'individu est protégé par l'art. 1384 et ne peut, à l'égard des tiers, être considéré comme gardien ; s'ils se trouvent réunis, la garde est constituée et celui qui en est titulaire devient responsable à l'égard des tiers, en même temps que disparaît à son profit la protection de l'art. 1384. Entre l'une et l'autre de ces situations, irresponsabilité et protection d'une part, responsabilité et absence de protection, d'autre part, n'en conçoit-on pas une troisième caractérisée par l'irresponsabilité et l'absence de protection ? Sans avoir les droits permettant d'annihiler la puissance dommageable de l'objet (fait qui le rendrait responsable vis-à-vis des tiers), le participant volontaire à l'usage de la chose dans son intérêt exclusif prend en quelque manière un peu de la qualité du gardien et ne peut recourir contre celui-ci sur le fondement de l'art. 1384. Ainsi s'explique l'expression de la Cour de cassation qui ne parle pas d'acceptation, mais seulement de « connaissance des risques », elle permet de présumer que le tiers est entré en toute indépendance, en parfaite connaissance de cause, en contact avec l'objet dommageable, alors qu'il n'y était nullement obligé. L'exactitude de l'analyse se vérifie d'ailleurs de façon très curieuse par un arrêt déjà ancien de la Cour d'appel d'Angers, rendu bien antérieurement aux controverses sur le transport gratuit, dans une matière toute diffé-

rente et dont les motifs sont presque semblables à ceux de la Cour de cassation (7).

La jurisprudence relative à la participation à l'usage se comprend dès lors et les critiques que d'éminents maîtres de la doctrine ont cru devoir lui adresser ne se trouvent pas fondées (8).

Elles reposent presque toutes, sur le fait que la Cour de cassation consacrerait la théorie de l'acceptation des risques, et ferait produire plus d'effets à une manifestation de volonté tacite, fictive, qu'à la clause d'exonération formellement stipulée. On n'imagine pourtant pas avec la Cour suprême une convention forcée : on déduit simplement de la connaissance des dangers de la chose, et de l'utilisation volontaire de l'objet, l'impossibilité d'appliquer l'art. 1384, exclu dans son fondement même, par la réunion de ces deux faits (9).

32. — Du lien que l'on doit établir entre la participation à la garde et la participation à l'usage, vont découler d'importantes conséquences.

En premier lieu, la connaissance des risques est

(7) Angers, 24 janvier 1878, Lesaint : S. 78, 2, 77, « L'art. 1385 ne sert qu'à réparer le dommage causé par un animal sans que celui qui le subit ait rien fait pour s'y exposer. »

(8) Josserand, D. H. 1926, 21, note D. P. 1927, 1, 137. — Traité II, n. 551. — Cpr. Le Clec'h, Lois nouvelles, 1927, 244. — Ricol, note D. P. 1926, 2, 121. — *Supra*, note 2, n. 16.

(9) Montpellier, 20 mai 1930, Gily : Mon. Jud. Midi, 1930, 142 - Gaz. Pal. Som., 1930, 2, 62. — Cpr. S. Châtillon, *op. cit.*, p. 99-100. C'est également la raison pour laquelle on ne peut considérer comme décisive la remarque de M. Savatier (D. P. 1928, 1, 153, 3^e col.). L'auteur voudrait tirer argument en faveur de la responsabilité contractuelle du transporteur bénévole, de l'existence reconnue par la Cour de cassation, d'une convention d'acceptation des risques. La reconnaissance de l'élément contractuel devrait être généralisée. Ce raisonnement ne serait juste que s'il y avait véritablement convention d'acceptation des risques.

étrangère à toute idée de modération des soins du gardien : il reste tenu d'une diligence normale dans l'exécution du transport (1).

D'autre part, l'exonération de responsabilité est circonscrite aux seuls dommages ayant pour cause le fait de la chose inanimée ou (par similitude) de l'animal. La connaissance des risques auxquels on s'expose n'est pas celle des accidents de la circulation d'une manière générale, mais des risques inhérents à la chose domma-geable (2). Par là se trouvent éliminées toutes les difficultés relatives à l'acceptation prétendue des fautes du gardien et les contradictions auxquelles aboutit en fait la Cour de Dijon. La victime peut agir contre le gardien si celui-ci commet une faute personnelle au sens de l'art. 1382 C. civ. (3).

On en déduira encore dans quelle mesure l'art. 1384 est inapplicable par suite de participation à la garde.

Le cas le plus simple se rencontre quand la part prise par le tiers dans l'usage de la chose va jusqu'à opérer un transfert de la garde. La Cour de Lyon a eu ainsi à statuer sur l'accident causé à un voiturier par la chaux grasse contenue dans un tonneau qu'il déchargeait trop brutalement (4). Il n'était besoin ici de parler de connaissance ou d'acceptation des risques : le transporteur est juridiquement gardien de l'objet transporté : il ne peut se plaindre du dommage qui lui est ainsi causé. L'arrêt pose cependant une seconde question car le tonneau, prétendait-on, ne portait pas d'indication qui eût pu aviser le voiturier du danger

(32-1) Ricol : D. P. 1926, 2, 121. — S. Chatillon, Th. Lyon, 1929, p. 96. — Vié, *op. cit. passim*.

(2) Civ. Seine, 19 mai 1925 : Rec. Ass. 1925, 439. — Cpr. civ. Thiers, 15 janvier 1925, Devolle : D. H. 1925, 254.

(3) Civ. Laval, 20 octobre 1930, Bigot : Gaz. Pal. 1930, 2, 606.

(4) Lyon, 30 décembre 1929, Aubert : Gaz. Pal. 1930, 1, 352. — Cpr. Lyon, 18 décembre 1930 : Gaz. Pal. 1931, 1, 389.

qu'il courait. La Cour nie tout d'abord que le produit constitue l'une des matières dangereuses par elles-mêmes que les expéditeurs doivent signaler, mais elle ajoute encore que « la connaissance par le transporteur du genre d'objets transportés » dispenserait l'expéditeur de tout avertissement. L'idée qui commande cette solution est tout à fait légitime. Il existe en effet à la charge de toute personne qui connaît l'existence d'un risque de prendre les mesures nécessaires à sa protection sous peine d'agir imprudemment et fautivement si elle les néglige.

Il serait à peine besoin d'insister sur ces déplacements de la garde si certaines décisions n'avaient, dans des cas analogues, inexactement consacré l'irresponsabilité du propriétaire en alléguant une acceptation des risques. Un jugement du tribunal civil de la Seine (5) est particulièrement significatif à ce point de vue, quand il rejette toute action contre le propriétaire d'un cheval (blessant pendant une course le gentleman-rider qui le montait), sous le prétexte « qu'il y a témérité à affronter un tel danger et que le cavalier se soumet à l'aléa de la course ». La seule argumentation précise aurait consisté à invoquer l'art. 1385 qui fait reposer alternativement la responsabilité sur le propriétaire ou sur l'*usager* de la chose. Cette dernière qualité devait être reconnue à la victime de l'accident.

La Cour de Paris, d'ailleurs, tout en confirmant, s'est gardée de reproduire le fondement douteux de l'acceptation des risques et a justifié par l'art. 1385 la solution donnée (6). Cet arrêt suivi d'un autre de la Cour

(5) Civ. Seine, 14 novembre 1912, Misonne : Gaz. Pal. 1913, 1, 148.

(6) Ap. Paris, 8 avril 1913, Misonne : S. 1913, 2, 5 - Gaz. Trib. 1913, 2, 2, 190 (reproduisant également le jugement) « est usager celui qui se sert du cheval dans son intérêt pendant une course », sur Seine, 14 novembre 1912 : Gaz. Pal. 1913, 1, 148 - Rev. Trim., 1913, 412, et les observations de M. R. Demogue.

de Poitiers encore plus net (7) marque ainsi la nouvelle construction jurisprudentielle. Le tranfert de la garde est seul invoqué, sans qu'il soit besoin de parler l'acceptation des risques.

33. — Sans aller jusqu'à supposer un transfert de la garde, il va falloir également écarter toutes les hypothèses dans lesquelles la victime n'a pas en toute indépendance participé à l'usage, soit qu'elle ne connaisse pas les risques de la chose, soit qu'elle en ait approché en vertu d'un droit ou d'une obligation contractuelle ou légale.

Ce dernier cas contient les espèces les plus intéressantes : les accidents causés à un préposé au cours du travail auquel il est employé. Aucune difficulté ne serait concevable, si l'on avait admis la responsabilité contractuelle du patron devant à ses ouvriers la sécurité — ou si la loi de 1898 s'appliquait à tous les accidents du travail : l'art. 1384 serait éliminé dans les deux théories. Mais la jurisprudence n'a pas reconnu de garantie dans le contrat de louage de travail et la loi de 1898 n'a pas une seule application universelle : certains pays, certaines professions n'y ont pas été ou n'y sont pas soumis (1). La Cour de cassation a très justement

(7) Ap. Poitiers, 13 juillet 1914 : S. 1918-19, 2, 23, Burgaud : Gaz. Trib. 1915, 1, 297 - Rev. Trim., 1916, 98 et les observations de M. R. Demogue.

(33-1) La question est particulièrement intéressante pour les artistes, qui, aux termes d'une partie de la jurisprudence, ne sont pas protégés par la loi sur les accidents du travail (Nîmes, 2 mars 1922 : Gaz. Trib. 1922, 2, 553. — *id.* Paris, 17 décembre 1921 : Rev. Trim. 1922, 655, les observations de M. R. Demogue et les renvois). La jurisprudence ancienne de la Cour de cassation voyait pourtant en ce contrat un louage de services (Req., 8 décembre 1875 : S. 1876, 1, 25). La question se pose également pour le jockey qui est un préposé (Caen, 29 octobre 1912 : D. 1914, 2, 203 - Rev. Trim. 1915, 171) ; pour l'apprenti jockey (Rev. Trim. 1921, 274). — V. Senlis, 11 fé-

appliqué en ce cas les art. 1384 (2) ou 1385 (3) C. civ. La connaissance des risques n'a pas en effet de valeur en elle-même, elle constitue une simple présomption de participation indépendante, volontaire, lucrative à la garde. Un transfert effectif de la garde serait seul efficace (4). Tout au plus pourra-t-on reprocher à l'ouvrier, au préposé de ne pas avoir pris les protections nécessaires, étant donné la connaissance qu'il peut avoir du danger de la chose.

Le même raisonnement doit être reproduit quand la victime tire d'un contrat le droit de participer à l'usage de la chose (5). Mais ici, la responsabilité délictuelle se trouve souvent exclue par l'existence d'une responsabilité contractuelle. La seule difficulté est de déterminer exactement le contenu du contrat ; mais elle est d'import-

vrier 1920 : Gaz. Pal. 1920, 1, 617. — Dax, 21 février 1913 : Gaz. Pal. 1913, 2, 46. — Trib. Rambouillet, 23 janvier 1914 : Gaz. Pal. 1914, 1, 530. Ne serait-on pas tenté de soutenir que les acrobates, gymnastes, par exemple, ont accepté les risques de leur profession dangereuse ?

(2) Civ., 27 février 1929, *Laïd Fall* : D. P. 1929, 1, 129, note G. Ripert - S. 1929, 1, 297, note Hugueney - Gaz. Pal. 1929, 1, 553 - D. H. 1929, 201. — Jossierand, Dr. civ., t. II, n. 553. — Demogue, Rev. Trim. 1929, 426.

(3) Civ., 11 mars, 29 mai 1902, Dumesnil : D. P. 1903, 1, 614. — Civ., 28 novembre 1904, consorts Lasgouttes : D. P. 1905, 1, 253. — Civ., 25 juin 1914, Bléron : S. 1916, 1, 150. — Demogue, Obligations, V, n. 1022.

L'arrêt Civ., 28 novembre 1904 présente un particulier intérêt, parce que l'arrêt de la Cour de Nîmes, qu'il casse, avait fait résulter du simple louage de services « l'engagement tacite d'accepter les risques du travail pour lequel il était rémunéré. »

(4) Cf. Civ., 28 novembre 1904 précité, qui admet implicitement la validité d'un transfert effectif, et, *infra* n. 109, cf. les vues très intéressantes développées par M. Boissière, *op. cit.*, p. 192 et s., et M. Jossierand : D. P. 1904, 2, 257. — Demogue, Oblig., V, n. 1133. — Cf. Civ., 1^{er} août 1930, Gros : Gaz. Pal. 1930, 2, 572. L'art. 1384 protège ceux qui « *sans y être obligés* » participent à l'usage de la chose.

(5) Cf. Civ., 1^{er} août 1930, note précédente.

tance, étant donnée la tendance de la jurisprudence à y comprendre toute une série d'obligations tacitement assumées par les parties. Les rapports entre propriétaires et locataires sont ainsi régis par des règles contractuelles (6); en leur absence, l'art. 1384 s'appliquerait malgré la participation à l'usage. Pour le contrat d'hôtellerie, la solution a été à juste titre consacrée (7). Elle serait étendue au contrat de transport si la jurisprudence renonçait un jour à sa conception de l'obligation de sécurité.

Au contraire, à l'égard des tiers et dans la mesure où ceux-ci participent à l'usage en connaissant les vices de la chose, l'art. 1384 cesse de recevoir application. Dans certains cas, il en sera autrement : quand le tiers agit en réalité à titre contractuel en tant que bénéficiaire d'une stipulation faite à son profit, tel l'usager de l'ascenseur qui tire son droit d'usage d'un contrat passé entre le locataire et le propriétaire (8).

A cette application de principe de 1384 dans tous les contrats donnant usage sur la chose d'autrui, une jurisprudence particulière semble pourtant faire échec. Plusieurs décisions de tribunaux inférieurs ont admis que l'art. 1384 C. civ. est écarté du domaine de la responsabilité médicale quand il s'agit d'opérations radiographiques ou radiothérapiques (9).

(6) Civ. Seine, 27 décembre 1928 : D. H. 1928, 57. — Paris, 17 janvier 1905 : D. P. 1907, 2, 97, note de M. Planiol - S. 1905, 2, 301. — Lalou, Resp. civile, n. 549.

(7) Req., 6 mars 1928, Vidal : D. P. 1928, 1, 97, note L. Josserand.

(8) Cf. sur ce point, l'intéressante note de M. Esmein : S. 1929, 1, 249, § III.

(9) Civ. Seine, 3 janvier 1930, Delecraz : Gaz. Pal. 1930, 2, 432 - Gaz. D. 25 février 1930, p. 2. — Civ. Bouches-du-Rhône, 5 mai 1930, Mercier : D. H. 1930, 389. — V. déjà Civ., Nantes, 20 janvier 1925 : Gaz. Pal. 14 mars 1925 - Rev. Trim. 1925, 350, et les observations de M. R. Demogue. — V. l'article de M. H. Hugueney, in Annales Médecine légale, 1928, p. 119 et s.

L'acceptation du patient produirait cet effet. Pour autant que l'on puisse s'engager sur le terrain mouvant de la responsabilité médicale, il ne semble pas que ces jugements soient correctement rendus. Ils s'expliquent sans doute parce que reconnaissant à la responsabilité médicale un caractère délictuel et ne pouvant dès lors refuser l'application de l'art. 1384, les tribunaux ont été inquiets des conséquences de leur théorie et se sont efforcés de la limiter.

En réalité, le point de départ lui-même doit être critiqué. La responsabilité médicale envisagée comme sanctionnant les obligations du médecin est de nature contractuelle. Le praticien s'engage par contrat à fournir ses soins. Sa responsabilité n'apparaît pas à la suite de l'aggravation de l'état du malade ou de la mort, mais seulement au cas de faute professionnelle démontrée, exigence d'ailleurs reconnue par les tribunaux. Mais en concluant que cette faute prouvée est de nature délictuelle, en généralisant ensuite et en appliquant l'art. 1384, la jurisprudence se trouvait amenée à décider, contrairement à sa propre théorie, que l'application même correcte d'un traitement radiothérapique pouvait rendre responsable le médecin alors même que les lésions résulteraient du terrain, de l'hérédité du patient.

Si l'on admet, au contraire, qu'il est des situations dans lesquelles la faute contractuelle doit être prouvée (la faute médicale étant de ce nombre), l'art. 1384 était inapplicable. Qu'il use d'un traitement physique ou chimique, le médecin n'est responsable que de sa négligence, de son impéritie.

Ainsi s'achève l'étude de l'acceptation prétendue des risques dans l'art. 1384. Il nous faudrait encore compléter ce tableau de la participation à l'usage de la chose en tenant compte du troisième élément : la gratuité du

transport. La place de ce problème est pourtant simplement indiquée ici, car elle complète plus qu'elle ne remplace la théorie de la participation. Elle recevra tous les développements nécessaires quand dans la première partie de cet ouvrage, seront étudiées les conventions par lesquelles un débiteur modèle l'étendue de ses obligations et des soins qu'il entend assumer.

34. — Il est aisé de conclure, et, possédant les divers éléments d'information, de juger désormais cette théorie à laquelle a été consacrée la seconde section de ce chapitre. Elle n'est ni originale, parce que constituée d'éléments anciens, ni ferme parce que ces éléments sont hétérogènes. L'analyse a en effet montré que, tour à tour, les idées de fautes de la victime, de substitution de règles de responsabilité, de participation à l'usage étaient recouverts par les mots d'acceptation des risques. La même remarque pourrait s'appliquer aux tentatives de réduction de cette théorie à celle des clauses d'exonération. Mais alors, il faut encore aller plus loin et dénoncer encore le véritable cercle vicieux dans lequel on s'enferme. L'idée d'acceptation des risques est utilisée pour échapper aux exigences d'une convention explicite d'exonération de responsabilité. Mais pour valider cette acceptation, on recourt à une clause tacite d'irresponsabilité. Tente-t-on d'échapper à ce cercle par voie d'autorité en créant à son gré une convention artificielle : on aboutit alors au pire arbitraire.

Il est donc possible de poursuivre l'analyse des conventions formelles d'exonération sans être davantage retenu par les hypothèses d'acceptation prétendue des risques; terme qui reflète certaines idées justes groupées autour du principe que les règles normales de causalité se trouvent altérées, mais sans valeur en notre matière, car elle n'équivaut pas à une convention tacite d'exonération.

PREMIERE PARTIE

DES CONVENTIONS AYANT POUR BUT DE DETERMINER LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA RESPONSABILITE

- 35) Dualité des problèmes soulevés par ces conventions en matière contractuelle. — 36) Distinction des conventions relatives à la responsabilité contractuelle et à la responsabilité délictuelle.

35. — Il semble difficilement contestable qu'un contractant, assumant par l'effet de sa volonté certaines obligations, et indirectement, la responsabilité qui en peut découler, ne puisse, d'accord avec son créancier, déterminer dans quelles conditions naîtra sa responsabilité. Il n'y a là qu'une simple application du principe de l'autonomie de la volonté.

A peine pourrait-on hésiter devant le terme de responsabilité qui évoque, on ne sait pourquoi, l'idée d'ordre public, s'il n'était certain que l'on se trouve ici dans une situation très différente de celle que réglementent les art. 1382 et suivants du Code civil, et qui serait peut-être mieux décrite par l'expression de garantie. Bien que l'effort de Saintelette pour introduire ce mot dans la langue juridique ait été vain (tant à cause de la pratique contraire et de la condamnation implicite qu'en faisait la loi, que de l'impropriété du mot garantie lui-même), l'idée qui l'avait inspiré est admise avec faveur

par la presque unanimité de la doctrine. Responsabilité invoque l'idée de faute, alors que la condamnation à dommages-intérêts prononcée par l'art. 1147 C. civ. implique seulement l'inexécution par le débiteur de sa promesse : malgré les critiques que l'on a pu faire à cette conception, il n'est pas inexact de dire que le débiteur est tenu à l'occasion d'un simple fait (1).

La responsabilité contractuelle consistant simplement dans l'obligation pour le débiteur de dédommager le créancier de l'inexécution des obligations assumées — quand la preuve d'aucun des faits auxquels la loi attache l'effet libératoire n'est apportée — on doit reconnaître, en principe, au débiteur le droit de modeler l'étendue de ses obligations ou d'étendre, hors du cadre légal, les causes d'exonération. La jurisprudence donne en effet, de ces conventions, des exemples très variés, qui méritent de recevoir examen en premier lieu. Mais le droit ainsi reconnu aux contractants de détruire l'édifice contractuel ne rencontre-t-il pas de limites ? N'arrive-t-il pas un moment où ce travail de destruction altère la notion même du contrat ? On pressent qu'il y a là un second problème dont l'étude doit suivre nécessairement le premier.

Telle est, en effet, la succession logique suivant laquelle seront examinées les difficultés soulevées par la détermination des conditions d'existence de la responsabilité contractuelle.

36. — Peut-on, en matière délictuelle, trouver des situations analogues ? Pratiquement on en peut douter, puisque la responsabilité délictuelle suppose presque toujours en fait que l'auteur du dommage et la personne lésée ne sont liées par aucun rapport antérieur.

(35 - 1) Colin et Capitant, t. II, 5^e éd., p. 8. — Cpr. Planiol, Ripert, Esmein, t. II, n. 377, p. 520.

Théoriquement, la validité de semblables clauses apparaît aussi contestable, puisque le caractère d'ordre public généralement reconnu (mais ce trait est aujourd'hui discuté) aux articles 1382 et suivants C. civ. semble interdire toute atteinte au droit de la responsabilité civile. Le dépouillement de la jurisprudence n'en révèle en effet que des exemples assez différents de ceux rencontrés en matière contractuelle : ce sont surtout des accords par lesquels deux individus, généralement mis en relations l'un envers l'autre par un contrat, cherchent à déterminer les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'un d'eux sera engagée, non à l'égard de l'autre, mais à l'égard des tiers : en faisant passer conventionnellement de l'un à l'autre les éléments auxquels la loi attache la sanction éventuelle de la responsabilité.

C'est ainsi que les tribunaux ont été amenés à apprécier la validité de l'acte par lequel le commettant habituel transmet à un tiers la responsabilité des actes de ses préposés, en lui transférant également le titre de commettant. On trouve d'autres exemples de ces conventions pour le § premier de l'art. 1384 ou pour l'art. 1385 relatifs à la responsabilité du fait des choses et des animaux. Ces hypothèses posent des problèmes radicalement différents de ceux que l'on pouvait trouver en matière contractuelle : ils demandent néanmoins dans leur examen une même méthode : en premier lieu l'analyse de la jurisprudence ; puis ensuite, la discussion de la validité de ces procédés.

La distinction que l'on fait d'ailleurs entre les domaines contractuel et extracontractuel ne préjuge en rien de l'identité ou de la similitude des deux responsabilités. Elle correspond seulement à la différence, certaine en fait, qui sépare les situations régies par l'art. 1134 et celles qui sont soumises aux articles 1382 et suivants du Code civil.

I

Les conventions déterminant les conditions d'existence de la responsabilité contractuelle et la jurisprudence

37. — Tout cet ordre de conventions représente, du point de vue de cette étude, la difficulté la plus simple, tant paraît normal l'accord de volonté. Et, de fait, ces clauses, généralement stipulées entre particuliers ou tout au moins dans des contrats qui ne sont pas de simple adhésion, ne prêtent, en aucune manière, aux critiques qu'une partie de la doctrine a adressées aux clauses d'exonération de responsabilité. Les seules difficultés véritables naissent de leur interprétation, soit que la volonté des parties manque de netteté, soit que, par ses conséquences possibles, elle bouleverse l'ordre contractuel.

Ces constatations s'appliquent d'ailleurs aux conventions relatives à la détermination de l'étendue des obligations du débiteur comme à celles qui étendent les causes d'exonération de la responsabilité contractuelle.

CHAPITRE I^{er}CONVENTIONS DETERMINANT L'ÉTENDUE
DES OBLIGATIONS DU DÉBITEUR

38) Position du problème. L'incertitude légale et jurisprudentielle du contenu de l'obligation.

38. — La détermination du contenu de l'obligation constitue en matière contractuelle un problème central (1). C'est d'elle que dépend en effet la responsabilité future du débiteur — engagée pour toute inexécution d'un devoir imposé, dégagée au contraire pour tout acte qui n'a pas été compris dans cette détermination. Tel est le grand intérêt des clauses déterminant l'étendue des obligations du débiteur, quand on les rapproche des conventions d'exonération de responsabilité : celles-ci sont sans effet dès que le débiteur volontairement n'exécute pas une obligation qui lui incombait, celles-là le dispensent au contraire de toutes les abstentions ou de tous les actes qui ne lui ont pas été formellement imposés par le contrat.

Il est donc parfaitement explicable de voir le législateur dès le début de la matière des obligations, indiquer quelle est — à défaut de convention particulière — l'étendue des obligations du débiteur : telles sont ces règles des articles 1134 et suivants C. civ. français ou celles que le Code civil allemand pose sous le titre d'*Inhalt der Schuldverhältnisse*. Cependant, en pratique, il

(38 - 1) V. sur ce point, Brun, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Th. Lyon, 1930 (63), p. 189 et s.

est assez difficile de savoir ce que comporte le contrat, et la jurisprudence, sous l'empire de nécessités pratiques, en a parfois étendu, de façon curieuse, le contenu. L'obligation de sécurité imposée au transporteur de personnes semble en voie de généralisation : du transport terrestre (2) et maritime (3) elle a été généralisée au

(2) Civ., 27 janvier 1913 : D. 1913, 1, 249, note de M. Sarrut - S. 1913, 1, 177, note de M. Lyon-Caen. Il en résulte que dès que le contrat de transport a commencé (Com. Seine, 15 décembre 1924 : Gaz. Pal., 16 octobre 1924 - Rev. Trim. 1924, 1005, et les observations de M. R. Demogue. — Paris, 16 décembre 1915 : Rev. Trim. 1917, 172 - Gaz. Trib., 1916, 2, 235) l'obligation de sécurité est reconnue au profit de toute personne qui se trouve légalement transportée, même si elle n'a pas passé elle-même un contrat avec la Compagnie (V. pour les soldats permissionnaires, Paris, 31 juillet 1919 : Gaz. Trib. 1919, 2, 289 - Rev. Trim. 1921, 354. — 30 octobre 1920 : Gaz. Pal. 1921, 1, 508 - D. 1921, 2, 17 - Rev. Trim. 1921, 1182. — Nîmes, 17 mai 1921 : Gaz. Pal. 1921, 2, 116, 2 arrêts - Rev. Trim. 1921, 760. — Seine, 20 décembre 1915 : Rev. Trim. 1917, 521. — Wahl, Dr. civil de la guerre, III, n. 2518). Une seule condition est posée : c'est que le voyageur soit dans une situation régulière. Il ne peut prétendre établir la responsabilité contractuelle de la Compagnie s'il voyage sans billet, ou s'il continue le voyage au delà de sa destination normale (Pau, 6 mars 1914 : S. 1914, 2, 215 - Rev. Trim. 1915, 190; — et Req., 25 juin 1918 : Gaz. Pal. 1918-19, 1, 347), à moins, en ce dernier cas, que sa présence s'explique par une faute des agents de la Compagnie (Cass., 6 juillet 1925 : Gaz. Pal. 1925, 2, 485).

En Italie, la jurisprudence a, de même, tendance à reconnaître la responsabilité contractuelle du transporteur (V. Perretti-Griva, note Rev. Trim. Dr. civil, 1930, 595, sur deux arrêts italiens : Civ., 6 mai 1929 : Giur. it., 1929, 1, 967 ; — et 18 avril 1929 : Foro subalpino 1929, 857; — et A. Kaftal, La réparation des dommages survenus au cours du transport aérien de personnes : Rev. Trim. 1929, p. 101, note 1).

En Belgique, la loi du 25 août 1891 a établi le système de la responsabilité légale du transporteur, avec cette conséquence (Bruxelles, 31 janvier 1913 : La Loi, 23 janvier 1913) que la responsabilité ne commence qu'au sommet de l'exécution effective du contrat et non de l'entrée sur les quais.

transport aérien (4), discutée pour le contrat d'enseignement (5), admise dans le contrat de bail (6), d'hôtellerie (7), ou encore mise à la charge du propriétaire d'un manège (8), voire même d'un hôpital en imposant, dans ce cas, de rendre le malade au moins dans l'état où il a été confié et sans maladies nouvelles contractées durant son traitement (9). Il serait même aisé de montrer en droit public, la pénétration de cette idée, qu'un individu ayant un pouvoir sur un autre est présumé en faute, quand une atteinte est portée à la personne de celui-ci. Alors que les anciennes dispositions législati-

En Angleterre, au contraire, le voiturier n'est pas, quant aux personnes « insurer of safety », *Stephen's Commentaries*, III, p. 323 ; il est seulement tenu à une diligence convenable, *Read v. Midland Ry.*, 1869 - R. L. 4 Q. B., p. 381.

(3) Civ., 21 novembre 1911 : S. 1912, 1, 73, note de M. Lyon-Caen : *Rev. Int. Dr. Marit.*, XXXVI, 407 - *Rev. Crit.* 1913, 198, note de M. G. Ripert. — Pour le droit anglais sur le transport maritime de personnes, v. *Stephen's Commentaries*, III, 313 et s.

(4) V. *supra*, n. 26.

(5) Cass., 18 février 1929 : *Gaz. Pal.* 1929, 1, 821 - *Gaz. Trib.*, 27 juillet 1929, sur Riom, 18 juillet 1928 : *Gaz. Pal.* 1928, 2 784, avec les conclusions de M. l'avocat général Cavarroc : Le pourvoi contre l'arrêt refusant d'admettre l'obligation de sécurité de l'établissement d'enseignement a été rejeté comme mélangé de fait et de droit (*Req.*, 18 février 1929 : *Gaz. Pal.* 1929, 1, 821. — V. les observations de M. R. Demogue, *Rev. Trim.* 1929, 116 ; — et de M. Mazeaud, *Rev. Trim.* 1929, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, n. 62.

(6) Civ. Seine-Inférieure, 27 juin 1928 : D. H. 1928, 570.

(7) *Req.*, 18 décembre 1928 : D. H. 1929, 17. — V. Colmar, 9 novembre 1927 : *Rev. Jur. A.-L.*, 1928, 321 - *Rev. Trim.* 1928, 663, et les observations de M. Demogue.

(8) Lyon, 1^{er} avril-21 octobre 1922 : D. P. 1924, 2, 51 : *Rev. Trim.* 1924, p. 691, et les observations de M. Demogue. — Pour les attractions foraines, v. *supra*, n. 24. — *Adde*, Civ., Nantes, 28 janvier 1931, Lancelot : *Gaz. Pal.* 1931, 1, 431.

(9) V. pour la communication d'une maladie vénérienne, Bordeaux, 14 mars 1929 : *Rec. Bordeaux*, 1929, 1, 90 - *Rev. Trim.*, 1929, 765, et les observations de M. R. Demogue.

ves imposaient au militaire réformé de démontrer que l'affection dont il souffre a sa cause dans un fait imputable au service, s'il veut voir son droit à pension reconnu, c'est désormais à l'Etat qu'il incombe d'apporter la preuve de l'origine étrangère au service, de l'invalidité.

Cette reconnaissance d'une obligation de sécurité dans de nombreux contrats, difficilement conciliable avec l'intention des contractants, s'expliquant parfois par des idées toutes différentes, et que la jurisprudence a créée pour faciliter la réparation du dommage causé à la victime, n'est d'ailleurs pas la seule des difficultés que soulève la détermination jurisprudentielle des obligations du débiteur : les devoirs du garagiste dans la garde des voitures (10), des banques pour les titres qui leur sont confiés (11), plus généralement du dépositaire (12), ceux du vendeur (13), du patron (14) donnent lieu à des difficultés nombreuses.

(10) Grenoble, 20 juin 1927 : J. Grenoble, 1928, 17.

(11) Paris, 16 juin 1928 : Dr. fin., 1928, 444. Les banques qui reçoivent des titres en dépôt en se chargeant, moyennant un droit de garde, d'encaisser les intérêts et les dividendes, et qui consentent parfois aussi, mais *sans responsabilité pour elles*, à certaines autres opérations, ne peuvent être recherchées pour n'avoir pas prévenu le déposant de l'augmentation du capital, à laquelle il pouvait participer, dès lors qu'aucun contrat n'était intervenu et qu'aucune rémunération n'avait été stipulée.

(12) La jurisprudence a rencontré surtout des difficultés concernant l'obligation prétendue du dépositaire d'assurer la chose déposée (Cf. Et. Bartin, sous Aubry et Rau, t. VI, § 403, note 1 et 1 bis, p. 131 ; — et Cass., 26 juin 1923 : D. P. 1923, 1, 25 - S. 1924, 1, 27 - Gaz. Pal. 1923, 2, 316 - Rec. Ass., 1923, 427.

(13) Dans les ventes commerciales, et par l'interprétation des clauses gabarre départ, gare départ, v. Com. Rennes, 29 juillet 1927 : La Loi, 26 octobre 1927. — Com. Nantes, 23 février 1920 : Rec. Nantes, 1920, 1, 211.

(14) V. en dernier lieu, pour l'obligation de mettre les vêtements de ses ouvriers à l'abri du vol, Cass., 9 décembre 1930 : Gaz. Pal., 31, 1, 134 - Rev. Trim., 1931, 157.

S'il est inutile d'insister sur ces problèmes connus, on notera plus particulièrement que la détermination jurisprudentielle du degré de diligence de certains débiteurs est des plus incertaines. On rencontre notamment pour les agences de renseignements, toute une série de décisions inspirées du principe que le renseignement n'engage pas la responsabilité de celui qui le donne, à moins de dol — et qu'une faute lourde doit être au moins commise si le contrat est salarié (15). Cette jurisprudence critiquable tend aujourd'hui à disparaître (16). Mais, le courant jurisprudentiel d'exonération de plein droit du débiteur au cas de faute légère n'en reste pas moins important, et il en résulte une conséquence curieuse. Dans l'étude des clauses de non-responsabilité stipulées par les agences de renseignements, il devient extrêmement difficile, à la lecture des arrêts, de savoir, si l'exonération de la faute légère est admise parce que l'étendue des obligations de l'agence ne va pas au delà ou parce que, tenue de toute faute, l'agence est exonérée par l'effet de la clause.

Des observations analogues pourraient être faites à l'occasion de la responsabilité des banquiers (17), des médecins, pour lesquelles l'exigence d'une faute lourde a été souvent demandée (18). Il en résulte un trouble analogue dans la matière des clauses d'exonération.

(15) V. notamment : Besançon, 24 février 1909 : D. 1909, 5, 27. — Paris, 23 octobre 1890 : D. 1893, 2, 97. — V. Baer, La responsabilité des agences de renseignements commerciaux : Rev. Jud., 1908, 7 et 8.

(16) V. au cas où aucun lien contractuel n'existe, Nîmes, 16 décembre 1927 : D. H. 1928, 234. — V. au cas de liens contractuels, Ap. Paris, 10 octobre 1929 : D. H. 1929, 577.

(17) Ap. Paris, 16 décembre 1925 : D. H. 1926, 89 - Rev. Trim., 1926, 89, 406. — Com. Seine, 8 avril 1919 : Bull. Un. Banquiers 1920, 74. — V. l'arrêt d'appel, 21 décembre 1895 précédant Req., 26 octobre 1898 : S. 99, 1, 275. — Com. Seine, 29 décembre 1898 : Gaz. Trib., 1^{er} février 1899.

(18) Req, 21 juillet 1919 : D. P. 1920, 1, 30, note L. Denisse.

Il est d'ailleurs inutile d'insister davantage sur ces difficultés, et, des constatations précédentes, deux idées seulement doivent être dégagées temporairement : c'est qu'il n'est pas illicite en présence des incertitudes mêmes de la jurisprudence de réglementer conventionnellement l'étendue des obligations du débiteur — et, d'autre part, que pour apprécier les modifications ainsi apportées par les contractants, il faut se référer au type normal de contrat décrit par la loi et complété par la jurisprudence. C'est en étudiant en premier lieu les conventions les plus normales, pour gagner peu à peu celles qui apportent le plus de trouble à l'équilibre contractuel, que seront décrites les tentatives des contractants pour alléger la responsabilité du débiteur.

SECTION I

IRRESPONSABILITE REALISEE PAR LA DISPARITION DE LA QUALITE A LAQUELLE LA LOI ATTACHE L'OBLIGATION DE REPARATION.

39) Utilisation de ces clauses dans les contrats de vente, de louage de services, de transport maritime.

39. — Cet ordre de conventions est entièrement dominé par l'idée qu'un débiteur peut s'affranchir de sa responsabilité, en rejetant la qualité qui est pour lui source de responsabilité.

Quand il est vendeur, par exemple, il cherche à réaliser le plus tôt possible le transfert de propriété, afin d'éviter à la fois, si la chose vient à périr, le grief d'inexécution du contrat (dont il ne pourrait se dégager qu'en prouvant le cas fortuit, la faute du créancier, ou

le fait d'un tiers), et l'obligation de supporter le risque de la perte. L'art. 100 C. com. décide-t-il que la marchandise sortie des magasins du vendeur voyage aux risques et périls de celui à qui elle appartient ? Les contractants n'ont qu'à admettre que la remise de la chose au voiturier équivaldra à la livraison et entraînera transfert de la propriété (1). Si un dommage survient, fût-il même dû à l'emballage (2), le vendeur est exonéré de sa responsabilité, à moins que l'acquéreur lui ait donné des indications précises et qui n'ont pas été observées, sur la manière d'effectuer l'envoi (3). Il est inutile d'ailleurs de faire intervenir ici une idée de mandat qui, impliquant la représentation d'un individu par un autre, semble réservé au domaine des actes juridiques : il suffit de remarquer qu'en ce cas les parties ont accru les obligations du vendeur. Leur inexécution entraîne la résolution du contrat.

Ces conventions relatives au transfert de la propriété présentent surtout un intérêt en droit commercial où les usages montrent toutes les pratiques employées par les vendeurs pour se dégager au plus tôt de leur responsabilité et notamment la façon dont est reportée

(39-1) Cf. pour la clause « la livraison d'un lot perdu en cours de route pour quelque cause que ce soit est considérée comme faite ». Ap. Paris, 21 janvier 1920, 1^{re} espèce : D. P. 1921, 2, 97, note H. Aubrun - Mon. Jud. Lyon, 26 mars 1920 - Gaz. Pal. 1920, 1, 174; — pour la clause « vendus chargés sur wagon à notre embranchement particulier et voyageant aux risques et périls du destinataire », Com. Seine, 18 juin 1920 : Gaz. Pal. 1920, 2, 637 ; — pour la stipulation que le prix est acquis à tout événement, Civ., 7 janvier 1918 : S. 1920, 1, 127, et les références de doctrine et de jurisprudence.

(2) Cass., 9 février 1926 : S. 1928, 1, 63 - Gaz. Pal. 1926, 1, 754 - Rec. Le Havre, 1926, 2, 131.

(3) Civ., Hazebrouck, 13 juin 1913 : D. P. 1913, 2, 278. — Cf. pour le changement fait en pontée sans prévenir l'acheteur, Rouen, 22 décembre 1921 : Rec. Le Havre, 1921, 1, 135.

conventionnellement le plus loin possible la spécialisation de la chose. Mais ces déplacements anticipés de la propriété ont trouvé surtout leur domaine dans les ventes maritimes. La vente *caf* qui en est « la forme moderne » (4) est caractérisée par le fait que, dès le moment de l'embarquement la propriété de l'objet est transférée à l'acquéreur. Il en résulte, et on l'a déjà pu noter, que toute clause contraire laissant la charge des risques au vendeur est inconciliable avec la nature de la vente « *caf* » (5).

Des conventions similaires peuvent se rencontrer pour le louage de services dans l'hypothèse de l'art. 1788 C. civ. où le *locator operis* fournit la matière de l'ouvrage à fabriquer. Etant propriétaire, il en résulte que la chose est à ses risques et qu'il est responsable de l'inexécution de l'engagement. La convention portant que la propriété de la chose passe au créancier au fur et à mesure de son achèvement, le libère de l'un et l'autre danger. Pourtant, elle est rare en pratique et quand elle se rencontre — comme pour la construction d'un navire — elle est stipulée au profit du créancier, afin d'empêcher le constructeur de le grever de droits réels.

On trouve cependant en droit maritime — pour une variété de louage de services — le contrat de transport, d'intéressants exemples de conventions limitant la durée d'une obligation. Diverses clauses permettent au transporteur d'effectuer la livraison plus tôt qu'il ne l'eût été fait en droit commun : clause de dépôt en

(4) G. Ripert, *Dr. Mar.*, II, n. 1886. — Des hésitations se produisent d'ailleurs en jurisprudence et certaines décisions retardent le transfert des risques jusqu'à la remise des documents. — V. G. Ripert, *op. cit.*, n. 1903, p. 895 et s. — Le transfert des risques dépend donc, dans notre droit français, du transfert de la propriété, mais la liaison des deux opérations n'est pas absolument indispensable. — V. sur les conventions de Varsovie, G. Ripert, *op. cit.*, n. 1904.

(5) Marseille, 19 mars 1919. — Aix, 2 février 1920, précités.

douane par laquelle la livraison est effectuée dès la prise en charge de l'objet transporté constatée par un récépissé de la douane, clause de cessation de responsabilité au cas de remise au transporteur suivant (6), clause sous palan (7) obligeant le réceptionnaire à prendre livraison de la marchandise dès que la palanquée est présentée le long du navire. La fréquence de cette dernière clause a même fini par faire considérer que le transport maritime normal est celui qui s'effectue de palan à palan, au point que certains tribunaux, et un moment la Cour de cassation (8), ont estimé que les opérations de chargement et de déchargement étaient étrangères au contrat de transport proprement dit, et qu'elles constituaient de véritables contrats de dépôt.

(6) Cass. belge., 20 décembre 1928 : Dor. 1930, 134.

(7) V. sur ces clauses, G. Ripert, *Dr. Mar.*, II, n. 1522 *bis*, 1575-2. — Govare et Denisse, p. 280.

Ces conventions, est-il besoin de le souligner, ne suppriment nullement l'obligation de délivrance, essentielle dans le contrat de transport, mais en hâtent l'exécution. Il en résulte qu'elles sont étrangères aux clauses de non-responsabilité (V. Gênes, 16 juin-2 juillet 1923 : Dor., 4, 404. — Gênes, 25 novembre 1924 : Dor., 11, 307. — Boutaud, *op. cit.*, n. 161, p. 285), et qu'elles ne sont pas prohibées quand les clauses de non-responsabilité le sont (Com. Le Havre, 18 avril 1899 : *Rev. Int. Dr. Mar.*, XV, 101).

(8) Civ., 9 mai 1915 : *Rev. Int. Dr. Mar.*, XXX, 458. — Req., 29 juillet 1822 : *Rev. Int. Dr. Mar.*, XXXIV, 981. — Marseille, 20 octobre 1923. — Flandre, Dor. sup., 2, 273. — Com. Alger, 19 mars 1924 : Dor. Sup., 2, 411.

La Cour de cassation et les tribunaux inférieurs sont revenus à une interprétation correcte, Civ., 25 juillet 1923 : S. 1924, I, 215. — 15 juin 1926 : D. H. 1926, 454 et 527 - S. 1926, I, 231 - Dor. sup., 4, 673, note M. Morillot. — V. S. 1929, I, 51. — Req., 27 février 1929 : Dor. sup., 7, 241. — Com. Havre, 9 avril 1923 : Dor. sup., I, 231. — Aix, 16 janvier 1924 : Dor. sup., 2, 225. — Le Havre, 21 juillet 1924 : France, Dor. sup., 2, 738.

Sur cette évolution, V. G. Ripert, *Dr. Mar.*, II, n. 1381, 2, 3^e éd., p. 341. — Fr. Sauvage, La responsabilité pour les marchandises à quai : Dor., 12, 1, et la note Dor., 17, 313.

Cette théorie n'était d'ailleurs nullement favorable au transporteur maritime. Restant tenu à titre de dépositaire, il ne pouvait user des clauses d'irresponsabilité stipulées à son profit en tant que transporteur. La convention de Bruxelles (9) s'est pourtant inspirée de cette distinction de l'opération nécessaire et des opérations accessoires pour définir le contrat de transport maritime. Cette solution est critiquable. Sans nier que le contrat de transport puisse être sanctionné, soit au cas de clause sous palan, soit quand le transport est précédé ou suivi par un dépôt dont la responsabilité incombe à un débiteur autre que le transporteur maritime (10), les opérations accessoires sont unies par un lien nécessaire au transport proprement dit et doivent être soumises aux mêmes règles juridiques.

Il est au surplus inutile d'insister davantage sur ces conventions, qui, du point de vue de cette étude, soulèvent peu de difficultés : elles traduisent seulement la volonté des parties de réaliser l'exonération du débiteur, en laissant intact l'équilibre contractuel, et en déplaçant simplement dans le temps le fait qui libère le débiteur de sa responsabilité.

(9) Art. 1^{er} de la Conv. de Bruxelles. — V. G. Ripert, *Dr. Mar.*, III, n. 1817-6, 3^e éd., p. 801.

(10) V. pour une convention distincte passée avec le transporteur pour le dépôt de la marchandise, *Civ.*, 27 octobre 1924, *Liger* : *Dor. sup.*, 2, 865 et les notes sous S. 21, 1, 105 - S. 22, 1, 323 ; — pour un contrat de dépôt dont la charge incombe à un autre débiteur que le transporteur, *Cass.*, 3 février 1930 : S. 1930, 1, 192, et la note *Dor. sup.*, 1930, 195. — Le dépositaire ne peut invoquer, en ce cas, les clauses d'irresponsabilité stipulées au profit du transporteur maritime.

SECTION II

CLAUSES SUBSTITUANT A UNE OBLIGATION DE RESULTAT, UNE AUTRE OBLIGATION DU MEME GENRE, MOINS LOURDE POUR LE DEBITEUR.

40) I. Clauses laissant indéterminé l'un des éléments du contrat.

II. Clauses substituant une prestation à une autre.

I. *Clauses d'indétermination d'un élément du contrat.* — A. 41)

Clause d'indétermination de l'objet : 1° Clause de non-garantie de la contenance. Analyse de l'obligation de garantie. Sa dépendance par rapport à une qualité matérielle de l'objet de la vente. Différence de ce point de vue entre cette garantie et la garantie d'éviction. — 42) Analyse de la clause de non-garantie. L'indétermination de l'objet de la vente. Effets divers de la clause selon la fonction de l'indication de la contenance dans le contrat de vente. — 43) Limitation légale des effets de la clause : dol, connaissance de l'inexactitude de la contenance. Limitation jurisprudentielle : la clause de style. — 44) 2° Clauses d'indétermination dans les ventes commerciales : clause environ, 10 % en plus ou en moins. Difficultés d'interprétation. — 45) Clauses relatives au pourcentage d'avaries. — B. 46) Clauses d'indétermination du délai : Vente sur embarquement. Vente à livrer. Réduction des clauses d'exonération du retard à une clause d'indétermination du délai. — 47) Clauses stipulées au profit de l'acheteur. — C. 48) Clauses d'indétermination du prix.

II. 49) *Clauses de substitution d'une prestation à une autre.* —

50) Clause de renseignements purement indicatifs des agences de renseignements. — 51) Clause d'information à titre documentaire en matière de presse. — 52) Clause de renseignements purement indicatifs des prospectus des banques dans l'émission des actions. — 53) Lien de ces dernières clauses avec celles qui visent l'indétermination d'un élément du contrat, la faute de la victime, l'absence de toute responsabilité.

40. — Cette nouvelle série de conventions représente les premières atteintes véritables faites au contrat par les parties. Admet-on, ainsi que l'a fait M. Demogue, dans une formule qui tend à pénétrer dans la doctrine, qu'il existe des obligations de résultat et des obligations de moyens (c'est-à-dire que dans certains cas le débiteur promet un fait ou s'engage à une abstention et que dans d'autres il consent seulement à faire montre de toute la diligence possible pour exécuter l'obligation) ? les clauses qui font l'objet de cette section, doivent être rangées dans la catégorie de celles qui, sans aller jusqu'à créer une simple obligation de moyen, remplacent dans le contenu du contrat une obligation de résultat par une autre du même genre, mais moins lourde, et par suite moins génératrice de responsabilité. Le débiteur, par exemple, laisse indéterminé l'un des éléments du contrat, ou il substitue une prestation à une autre.

C'est dans le contrat de vente que l'on trouve l'un des exemples les mieux connus de conventions du premier type. Si le vendeur est obligé, en principe, par l'article 1616 C. civ. de délivrer la contenance portée au contrat, les articles suivants restituent sur ce point toute liberté aux parties.

41. — Quand on cherche pourtant à analyser la nature et les effets de la clause de non-garantie de la contenance, on ne trouve au premier abord que des idées assez imprécises. On ne saurait en premier lieu y voir une clause de non-responsabilité, car à la différence de celle-ci, elle est destinée à profiter tant au créancier qu'au débiteur, à l'acquéreur qu'au vendeur. Selon la formule de la pratique, « la différence quelconque fait le profit ou la perte de l'une des parties ». Par ailleurs, et ainsi qu'on le verra par la suite, la jurisprudence soumet cette stipulation à un régime différent de celui

des clauses d'exonération. Il serait plus juste de rapprocher de celles qui visent la non-garantie d'éviction ou des vices cachés, si une analyse plus poussée ne montrait les différences qui existent entre ces deux ordres de stipulations. Ainsi que l'a noté avec beaucoup de finesse, Saleilles (1), ces deux dernières garanties, par suite de leur origine historique, sont « rangées dans les effets accessoires des contrats. On en parle comme de protections spéciales accordées à celui à qui l'on a promis de faire acquérir un droit; et il semble qu'elles soient distinctes de l'obligation même par laquelle on s'est engagé à le lui faire acquérir ». Ce point de vue peut surprendre, mais il s'explique historiquement et se reflète encore dans notre droit actuel. L'obligation de garantie de la contenance n'est au contraire pas distincte de celles qui forment l'objet propre du contrat de vente : elle traduit simplement l'idée de la responsabilité contractuelle du vendeur, au cas d'inexécution de son obligation. Le terme de garantie n'est qu'un reflet de cette responsabilité éventuelle, et si l'article 1616 était rayé du Code civil, la solution qu'il donne n'en serait pas moins certaine.

42. — Inversement et d'une façon générale, la clause de non-garantie signifie simplement que le vendeur laisse indéterminé l'objet du contrat, l'indication de la contenance : c'est pourquoi il faut en principe reconnaître la même valeur qu'à la stipulation expresse de non-garantie, aux expressions « environ telle contenance », « contenance approximative » « ou environ ». Pourtant, et quand on veut apprécier les effets de la clause de non-garantie, on ne saurait se contenter de cette observation première.

La convention, ayant pour but de détruire les consé-

(41 - 1) Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, n. 199, 3^e éd., p. 221.

quences diverses attachées à l'indication de la contenance, produit des effets différents selon la fin poursuivie par les parties quand elles indiquent ce caractère d'un bien (1).

Parfois, cette donnée sert seulement à déterminer la valeur de la chose vendue quand le prix en est fixé à tant la mesure (art. 1617). La stipulation de non-garantie n'a, en principe, d'autre effet dans l'intention des parties, que de bien marquer que le prix porté au contrat n'est que provisoire et qu'il peut être modifié, sur la démonstration par l'un des contractants, de l'inexactitude de l'indication de contenance. Le vendeur est averti qu'il pourra ne toucher qu'une somme inférieure à celle portée au contrat, si le bien n'a pas la contenance annoncée. La stipulation ne change rien à cet égard, au droit de l'article 1617, alinéa 2, qui prévoit en ce cas une diminution proportionnelle du prix. L'acheteur sait également qu'il pourra avoir à payer une somme supérieure, si la contenance du bien est plus grande que celle qui a été exprimée (2). Mais la clause produit alors un effet, car cette conséquence est contraire au droit commun de l'article 1618 qui donne à l'acheteur dans cette hypothèse, la faculté de se démettre du contrat, si l'excédent est d'un vingtième en plus de la contenance déclarée (3).

Il est au contraire des cas dans lesquels la fixation du prix est indépendante de la valeur de l'unité de mesure. L'indication de la contenance apparaît alors

(42-1) Cpr. Laurent, t. XXIV, 187. — Baudry-Lacantinerie, t. XIX, n. 326. — Aubry et Rau, t. V, § 354, 5^e éd., p. 69. — Beudant, Traité de la vente, p. 117.

(2) Baudry-Lacantinerie, t. XIX, n. 343. — Aubry et Rau, t. V, § 354, 5^e éd., p. 73.

(3) Il ne s'agit que d'une interprétation de volonté qu'une déclaration formelle peut écarter (Cass., 7 novembre 1853 : D. 1854, 1, 7 - S. 1853, 1, 680 - P. 1855, 2, 14).

essentielle : s'il y a excédent ou moindre mesure, supérieurs au vingtième de la contenance exprimée, la modification du prix est possible (art. 1619), la faculté de se démettre étant encore ici réservée à l'acheteur (art. 1620). Il n'en est autrement que si de l'ensemble des stipulations, il apparaît que les parties n'ont entendu y voir qu'une donnée accessoire voulant, en réalité, traiter sur un bien déterminé par d'autres caractères : sa délimitation, par exemple. La clause de non-garantie, dans des espèces où les circonstances de la clause ne permettraient pas de présumer accessoire l'indication de contenance, a précisément pour effet de révéler cette volonté. Par l'insertion de la stipulation de non-garantie, les parties interdisent à l'interprète de considérer comme essentielle une indication qu'ils eussent relevée comme telle en son absence : son seul rôle est donc de servir à l'interprétation de la volonté des contractants qui envisagent le bien, abstraction faite de sa contenance. L'intention des parties est souveraine, et ce trait complique d'ailleurs, en fait, l'analyse de la convention (4). Mais la clause est licite : elle n'a pour objet « que de régler des intérêts purement privés que la loi laisse à la disposition des contractants » (5). En vain l'acquéreur soutiendrait-il que la vérification de la contenance était difficile eu égard à la disposition du sol et à la nature des plantations, puisque la clause a permis de créer le transfert de propriété d'un bien indéterminé dans son objet.

La nature qui vient d'être attribuée à la clause de

(4) Ce trait a été très nettement souligné par Laurent, t. XXIV, n. 199.

(5) Civ., 19 mars 1913, d'Aligre : D. 1916, 1, 238 - S. 1913, 1, 183 - P. 1913, 1, 183. — Paris, 28 juin 1890 : Gaz. Pal. 1890, 2, 336. — Sur les difficultés soulevées par les clauses, environ telle contenance, contenance approximative : V. Laurent, XXIV, 199. — Aubry et Rau, t. V, § 354, 5^e éd., p. 73.

non-garantie de la contenance amène à reconnaître, à la vente qui la contient, un certain caractère aléatoire. On en déduira donc qu'en conformité avec les termes absolus de l'article 1619, la clause jouera même si le défaut de contenance est extrême : l'acquéreur n'en est pas moins obligé de verser le prix intégral. Mais très fréquemment il n'en sera pas ainsi, et les juges du fond, souverains appréciateurs de la volonté des parties, pourront estimer que la clause n'a pu avoir une telle portée. Les auteurs le reconnaissent généralement quand la clause comporte le terme « environ telle contenance », parce que, dans ce cas, les parties ont entendu n'envisager qu'une différence minime entre la contenance réelle et celle qui est énoncée au contrat (6) ; mais il faut généraliser cette solution. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 janvier 1866 a pourtant bien refusé d'accueillir la critique, adressée par le pouvoi à l'arrêt attaqué, de maintenir le contrat, malgré un déficit énorme (7), mais il n'infirmait nullement la proposition précédente. En premier lieu, parce qu'il se borne à constater le pouvoir souverain des juges du fond, quant à la constatation de l'intention des parties, et pourvu que leur interprétation ne soit pas en contradiction formelle avec les termes de la convention. Ensuite, et bien que les considérants de l'arrêt fassent appel à l'article 1619 C. civ., parce qu'il semble bien que l'on se trouvait dans une espèce où, en dehors de la clause de non-garantie, on pouvait déduire de l'ensemble du contrat la volonté des contractants de négliger l'indication de contenance : « le domaine avait

(6) Pothier, Vente, n. 253. La jurisprudence belge est en ce sens : Bruxelles, 6 janvier 1902 : Pas. 1902, 2, 165. — *Id.*, 25 juin 1907 : B. J. 1907, 1121. — V. également : Trib. Seine, 10 février 1908 : Rev. Not. 1909. — Cf. pourtant en faveur du plein effet de la clause : Trib. Liège, 18 avril 1902 : Jur. Liège, 1902, 194.

(7) Req., 30 janvier 1866, Barbet : S. 1866, 1, 171.

été vu et visité par les acquéreurs et agréé par eux dans l'état où il se trouvait », « la vente avait eu lieu par corps et non en mesure » (8). Et de fait, certaines décisions ont interprété la clause de non-garantie comme visant simplement le cas où la différence entre la mesure réelle et celle exprimée au contrat ne serait pas considérable et ne dépasserait pas sensiblement le vingtième prévu à l'article 1619 C. civ.

Toutes ces solutions découlant de la volonté des parties, c'est d'elle que dépend également le droit de demander la résolution judiciaire du contrat, où l'on retrouve identique la distinction des obligations essentielles et des obligations accessoires du contrat (9). L'idée d'indétermination de la contenance ou du refus de prendre en considération cette donnée suffit donc à expliquer les solutions précédentes, sans qu'il soit besoin de faire intervenir la notion de contrat aléatoire, qui serait source de difficultés quand le maintien du prix au détriment du vendeur serait assez important pour lui permettre de bénéficier de l'action en rescision pour cause de lésion : hypothèse d'ailleurs assez théorique, car les décisions de jurisprudence montrent que le plus souvent la lésion énorme, si elle se produit, se réalise aux dépens de l'acquéreur.

43. — Si l'on veut, en fin d'étude, dégager la portée de la stipulation de non-garantie, on doit lui reconnaître une efficacité complète, puisqu'elle traduit le refus par les parties de prendre en considération un caractère précis de la chose. Les arrêts ne posent, en effet, d'autre limitation à la validité de la clause, que celle

(8) Aix, 3 mars 1865, précédant Cass., 30 janvier 1866, précité. C'est d'ailleurs bien en ce sens que la note de jurisprudence interprète l'arrêt.

(9) V. M. Picard et Prudhomme, La résolution judiciaire : Rev. Trim., 1912, 61 et s.

de la fraude, en entendant par là, bien que les motifs ne soient pas davantage explicites, que la clause est nulle pour cause de dol (1), si elle n'a été acceptée qu'à la suite de manœuvres de l'une des parties ou de son représentant. Les arrêts recourent également à l'argument d'analogie tiré du texte de l'article 1628 C. civ. qui dénie tout effet, dans la clause de non-garantie d'éviction, à l'exonération du fait personnel du vendeur. Le rapprochement est loin d'être irréprochable : dans un cas, la convention est annulée parce que le droit pour le vendeur de troubler à son gré l'acheteur, détruirait la notion même de vente, équivaldrait à une condition potestative, alors que dans l'autre la nullité est prononcée pour vice de consentement. D'autre part, si la connaissance de l'excès de contenance était connue de l'acquéreur et non du vendeur, la clause de non-garantie devrait également être annulée, bien que l'on ne puisse trouver aucun appui à cette solution dans le texte de l'article 1628. La jurisprudence impose ainsi aux deux parties une obligation d'agir de bonne foi en vertu de laquelle, elles doivent, selon les circonstances, révéler les titres faisant connaître la véritable contenance du bien (2).

(43-1) Req., 29 novembre 1875 : D. P. 1877, 1, 324, sur Paris, 8 juillet 1871, Petitjean : D. 72, 5, 460 - S. 71, 2, 220 - P. 71, 784. — Nancy, 2 avril 1881, de Lambertye : S. 1882, 2, 163 - P. 1882, 1, 887. — Paris, 28 juin 1890, Merlet Lardin : Gaz. Pal. 1890, 2, 336. — V. Fenet, Travaux Préparatoires, t. XIV, 165. En Belgique par contre un jugement du tribunal civil de Huy, 11 janvier 1900 : Pas. 1901, 3, 71 - P. P. 1901, 752, a interprété la clause comme visant simplement le cas où la différence entre la mesure réelle et celle exprimée au contrat ne serait pas considérable et ne dépasserait pas sensiblement le vingtième prévu à l'article 1619, C. civ. — *Contra* : Gand, 13 juillet 1904 : Fl. Jud. 1905, 133 - P. P. 1905, 1113 - Rép. Not. 1905, 255.

(2) Ap. Paris, 8 juillet 1871, précité. Cpr. M. Picard et A. Prudhomme, *op. cit.*, pour la résolution judiciaire.

Par contre, la simple faute commise par une partie, son représentant ou son préposé, serait inopérante pour invalider la clause. De ce point de vue il faut juger comme mal rendu un jugement du tribunal civil de Huy qui refusa d'appliquer une clause de non-garantie de la contenance à la suite d'une erreur commise par le géomètre chargé par le vendeur de mesurer la parcelle (3).

Cette convention ne présente pas d'ailleurs de difficultés bien grandes et les arrêts qui y sont relatifs sont assez rares. Il en est de même pour son interprétation, car elle est habituellement rédigée en termes clairs et ses effets sont bien décrits. Une seule critique pourrait lui être faite : celle de ne constituer qu'une clause de style (4). Sans revenir sur cette difficulté, on doit noter qu'en notre matière la jurisprudence ne s'est jamais arrêtée à ce reproche. Mais la clause doit être expresse et explicite ; la clause « environ » n'a pas toujours le même effet qu'une clause de non-garantie formelle (5). Le fait d'avoir habité la maison vendue, de l'avoir examinée n'affranchit pas le vendeur de l'obligation de délivrance (6), la clause de non-garantie d'éviction n'équivaut pas à celles que déclarent nécessaires les arti-

(3) Civ. Huy, précité.

(4) Cf. la formule suivante reconnue valable par la Cour de cassation : « Il est expressément stipulé qu'il n'y aura aucun recours à exercer contre les vendeurs ni contre les acquéreurs pour le surplus ou le moins de mesure qui pourrait exister entre la contenance réelle et celle susindiquée, que la différence, quelle qu'elle soit, fera le profit ou la perte des acquéreurs. » (Cas., 18 novembre 1828 : S. 1829, 1, 18. — Bourges, 31 août 1831 : D. 33, 2, 9. — Paris, 15 février 1843 : J. P. 1843, 2, 100. — Aubry et Rau, IV, § 354, texte et note 34, 5^e éd., p. 367. — Baudry-Lacantinerie, XIX, n. 342. — V. cependant, Paris, 16 juin 1807 : S. 1807, 105).

(5) V. *supra* n. 42, note 6.

(6) Bruxelles, 16 janvier 1902.

cles 1616 et 1619 du Code civil pour écarter les conséquences du défaut ou de l'excès de contenance (7).

44. — Hors du droit civil, et dans le domaine des ventes commerciales (1), la jurisprudence révèle toute une série de clauses, qui ont une grande parenté avec la précédente : elles entravent comme celle-ci la naissance de la responsabilité du débiteur en retirant de l'obligation l'élément qui l'eût engagée.

Certaines de ces stipulations sont relatives à l'objet de la vente : elles indiquent que le vendeur sera tenu de livrer « environ telle quantité » ou « 10 % en plus ou en moins ». L'effet de ces clauses est de permettre au vendeur de livrer à l'acheteur, dans la limite portée au contrat, plus ou moins que le chiffre prévu.

Elles le mettent dans un cas, à l'abri des réclamations que susciterait une livraison insuffisante par suite des risques d'exportation, des possibilités du fret, et dans l'autre, l'autorisent à écouler une partie du stock que des événements imprévus constitueraient (2) ; elles lui donnent donc dans les deux cas des facilités d'exécution du contrat. La clause environ se recontre également dans les connaissements où elle a pour but de permettre au capitaine de charger, au cas de raisons gra-

(7) Ap. Luxembourg, 12 juin 1903, sur trib. Luxembourg, 15 janvier 1902 : Pas. b. 1906, 4, 121 - Rec. Bât. 1906, 160.

L'inverse est d'ailleurs aussi vrai, Bruxelles, 26 mai 1923 : J. T. 1923, 437 - Rev. Not. 1924, 54.

(44 - 1) V. sur les clauses employées dans la vente commerciale et surtout dans la vente maritime, Gaubert, Les Ventes maritimes (1924), n. 168 et s. — Bayard, Dictionnaire des transports maritimes (1925), V. clause environ, etc. — E. Ripert, Essai sur la vente commerciale. — G. Ripert, Dr. Mar., II, n. 1854 et s., 3^e éd., p. 835 et s.

(2) Com. Havre, 11 janvier 1928 : Rec. Havre 1928, 1, 76. — Rennes, 29 mars 1928 : Rec. Rennes 1928, 286 - Rec. Gaz. Pal. 1929, I, V^o Vente com., 30. — Com. Anvers, 12 mars 1902 : P. A. 1902, 1, 172.

ves, un volume de marchandises différent de celui qu'il s'était engagé à transporter (3). Elle est, en principe, soumise aux mêmes règles que les clauses précédentes.

Ces pratiques dont l'utilité est indiscutable, ont pourtant donné lieu à de graves difficultés. Elles sont, en premier lieu, obscurcies par le renvoi implicite qu'elles font aux usages des places. Les effets de la clause « environ », quant à la tolérance laissée audébiteur, varient ainsi sensiblement selon les lieux et les matières (4) : tous les litiges qu'elles soulèvent sont d'ailleurs de ce point de vue laissés à la souveraine appréciation du juge du fond. Mais une complication plus sérieuse tient au fait, que des vendeurs ont tenté de détourner la fonction assignée à la clause dans l'intention commune des parties, et à utiliser par exemple, la faculté de livrer moins, pour conclure sur l'excédent un nouveau marché plus avantageux pour eux. Il y a là une **dénaturation** de la convention qui, par l'intention de l'agent, vicie l'acte, le rend illicite bien qu'irréprochable formellement, et constitue un cas d'abus de droit par détournement de la fin contractuelle. Les tribunaux se montrent assez rigoureux, exigeant que le vendeur apporte la preuve s'il livre faible, qu'il lui a été impossible de fournir davantage (5), lui interdisant au contraire de livrer fort s'il tente de profiter d'une hausse des cours pour imposer à son acheteur un marché plus onéreux (6). Si la marchandise a été livrée effectivement

(3) Rennes, 29 mars 1906 : Rec. Rennes, 1906, 2, 143.

(4) Com. Nantes, 22 mars 1924 : Rec. Nantes, 1924, 1, 157 (futailles 10 %). — *Id.*, 5 mai 1923 : Rec. Nantes 1923, 1, 203 (plomb 1 %). — Com. Gand, 7 juin 1899 : P. P. 1900, 682. — Com. Anvers, 3 décembre 1909 : T. A. 1910, 1, 109 (10 % vins), etc...

(5) Req., 20 février 1929 : S. 1929, 1, 151. — Com. Havre, 22 décembre 1925 : Rec. Havre, 1926, 1, 49. — Com. Marseille, 3 novembre 1924 : Rec. Marseille 1926, 1, 148.

(6) Le Havre, 21 juillet 1925 : Rec. Havre 1925, 1, 205. — Rec. Gaz. Pal. 1926, 2, V^o Vente commerciale, 43.

au vendeur par son propre fournisseur, le premier est obligé de livrer l'intégralité de la prestation promise à l'acheteur (7). Si la livraison est insuffisante, le vendeur, étant en faute, doit ou la compléter ou payer la différence des cours sur le solde non livré (8) ; il ne peut, en aucune manière, soutenir qu'il n'est tenu que du minimum (9).

Les deux problèmes d'interprétation et de dénaturation de la clause peuvent d'ailleurs se conjuguer : la solution est alors commandée par le principe de l'interprétation restrictive : la mention poids approximatif ne peut être opposée à l'acheteur qui se plaint d'un défaut de livraison, quand le prix a été fixé sur la base de l'unité de volume et non de l'unité de poids (10).

45. — Très voisine de la clause environ, quand elle s'applique au risque de livraison incomplète par suite des longueurs du transport, est la clause par laquelle l'acheteur supporte un certain pourcentage d'avaries, dans la mesure fixée au contrat et sans modification de prix ou indemnité (1). Cette clause est généralement stipulée au profit du vendeur, mais la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond le droit d'en appliquer le bénéfice à l'acquéreur quand les termes de la clause pris dans leur sens littéral sont inconciliables avec l'ensemble du contrat et l'intention des parties. L'arrêt fut rendu dans une espèce curieuse où les avaries, par leur exagération auraient dû rester à la charge des ven-

(7) Cass. req., 20 février 1929, précité. — Com. Marseille, 6 juillet 1921 : Rec. Marseille, 6 juillet 1921.

(8) Com. Marseille, 3 novembre 1924, précité, note 5.

(9) Bruxelles, 26 janvier 1914 : P. P. 1914, 2, 36 - J. T. 1914, 238 - P. A. 1914, 151. — Marseille, 11 juillet 1877 : Rec. Marseille 1877, 1, 290.

(10) Com. Marseille, 5 janvier 1922 : Rec. Marseille 1923, 1, 160.

(45-1) Req., 3 mars 1924 : S. 1924, 1, 252.

deurs, mais où les acheteurs voulant profiter de la hausse considérable qui s'était produite depuis la conclusion du marché prirent néanmoins livraison des sacs détériorés (2). La Cour de Rouen, par interprétation de la convention, leur reconnut ce droit.

46. — Les parties peuvent d'ailleurs exclure du contrat d'autres éléments que l'objet; de même qu'ils peuvent le désigner d'une manière imprécise, ils peuvent laisser par exemple indéterminé le délai de livraison.

C'est ainsi que dans la vente sur embarquement toute une série de clauses « prompt embarquement, embarquement immédiat, embarquement au plutôt, sur premier vapeur, dès que le vendeur pourra faire », déterminent l'obligation du vendeur (1). Les deux premières imposant respectivement le chargement dans un délai de trois, et d'une semaine, les dernières obligeant le vendeur à la diligence particulière imposée par la clause (2).

Les contrats de vente à livrer, en matière terrestre, connaissent des stipulations analogues. La livraison est par exemple imposée « dès que possible » ou « vers telle date ». Les tribunaux en dégagent que le débiteur a,

(2) Req., 15 avril 1926, Sté Bourbonnaise d'importation : S. 1926, 1, 151 - Dor. Sup. IV, 434.

(46-1) Sur ces clauses, cf. G. Ripert, *Dr. Mar.*, t. II, n. 1876, 3^e éd., p. 855. — Gaubert, *op. cit.*, p. 223 à 226, 274 (pour la vente caf). — Bayard, V^{ie} Clauses embarquement immédiat..., fin tel mois..., incessamment..., prompt embarquement..., embarquement aussitôt que possible.

(2) La clause « d'embarquement aussitôt que possible », sauf le cas de force majeure, laisse une latitude assez grande. Les tribunaux l'interprètent assez largement : cf. pour son assimilation à la clause d'embarquement par le premier vapeur pouvant prendre des marchandises : Com. Havre, 25 février 1920 : Rec. Havre, 1921, 1, 141. — Cf. pour l'assimilation à la clause prompt embarquement (21 jours) : Com. Marseille, 9 mai 1921 : Rec. Marseille, 1922, 1, 158.

dans ce cas, toute la latitude que les usages lui reconnaissent (3) et tiennent compte par ailleurs des circonstances de fait et de l'intention des parties. Dans la première hypothèse, et si le vendeur se trouvait au moment de la conclusion du contrat en présence de difficultés empêchant la livraison immédiate, les contractants ont pu vouloir préciser que la livraison aurait lieu dès que cesserait la gêne du débiteur (4). Les solutions sont d'ailleurs toutes d'espèce : un seul principe les commande : l'accord d'une certaine latitude donnée au débiteur ne saurait permettre de le libérer plus facilement d'une obligation assumée.

Une autre formule se rencontre également en pratique : le débiteur stipule « qu'aucune responsabilité n'est acceptée pour retard de livraison » ou encore que « le retard ou le défaut de livraison ne pourront en aucun cas constituer un motif de dommages-intérêts d'aucune sorte ». Cette dernière clause a suscité de nombreuses difficultés, et son interprétation est délicate, parce qu'elle apparaît comme nulle ou comme valable selon les hypothèses dans lesquelles on tente de l'appliquer, réserve faite des complications particulières, pouvant tenir au défaut d'acceptation de la clause (5), ou d'une réserve implicite du droit de résiliation parallèle à la réserve expresse stipulée au profit de l'acheteur (6).

(3) Com. Nantes, 4 février 1924 : Rec. Nantes, 1924, 1, 99. — Com. Romans, 19 mai 1919, confirmé en appel par Grenoble, 12 octobre 1920 : Gaz. Trib. 1921, 2, 158.

(4) Ap. Montpellier, 2 février 1924 : Gaz. Trib., 11 septembre 1924.

(5) La question de l'acceptation de la clause est supposée hors de discussion. V. pourtant, Com. Toulon, 6 février 1920 : Gaz. Pal. 1920, 1, 573, refusant d'appliquer la clause parce qu'une date de livraison avait été formellement indiquée sur le bon de commande, détruisant en quelque sorte l'indétermination du délai.

(6) Cette difficulté a été particulièrement discutée dans les affaires relatives aux bons de commande Citroën, dans lesquels un droit exprès

Si l'inexécution du contrat est volontaire de la part du vendeur, qui tente de s'en couvrir pour imposer à l'acquéreur une augmentation du prix de vente, ou le remplacement de l'objet promis, par un autre de valeur plus élevée, la clause est inefficace, mais la justification de cette solution est assez difficile.

Dire qu'elle imprimerait à l'obligation du débiteur un caractère potestatif ne serait pas une idée satisfaisante. Non pas que l'obligation, imposée parfois sur les bons de commande, de restituer l'acompte et de payer l'intérêt afférent suffise à créer une restriction au libre exercice de la faculté concédée (7), mais pour des raisons de fond beaucoup plus décisives. C'est que la notion d'obligation sous condition potestative suppose que dès la formation du contrat, les parties ont entendu reconnaître au débiteur la possibilité de se dégager de ses obligations par la seule volonté. Au contraire, dans la clause dont il s'agit, l'intention des parties a été différente. Dans une telle hypothèse, la clause ne pouvait s'appliquer qu'à des événements indépendants de la pure volonté du débiteur. Ce n'est qu'après coup que le vendeur la détourne de son véritable but, en tirant par-

de résiliation était accordé à l'acheteur. Le vendeur tentait alors de présenter la clause d'exonération de dommages-intérêts pour retard comme équivalant à une réserve implicite de résiliation. Voyez particulièrement : Cass., 12 avril 1922 : *Gaz. Pal.* 1922, 2, 212. — Paris, 29 décembre 1920 : *Gaz. Pal.* 1921, 1, 45 - *D. P.* 1921, 2, 43 - *Gaz. Trib.*, 1^{er} février 1921 - *J. Trib. com.* 1922, 300. Un bon nombre de jugements rendus à cette occasion par les tribunaux de commerce se trouvent rapportés au *D.* 1920, 2, 33 et à la *Pas. Belge* 1920, 2, 23.

(7) V. pourtant M. G. Ripert, note *D. P.* 1920, 2, 33, qui relève l'analogie entre cette clause, et l'obligation de restituer la prime qui a permis à la Cour de cassation de valider les marchés à prime (Cass., 21 janvier 1878 : *D. P.* 1878, 1, 161 - *S.* 1878, 1, 269). Mais il y a dans la remise de la prime une sorte de clause pénale étrangère au remboursement de l'acompte et de son intérêt.

ti de la généralité apparente de sa rédaction. Plutôt que de déclarer la clause nulle comme l'ont fait certains tribunaux, mieux eût valu souligner sa dénaturation (8).

Soutiendrait-on, d'ailleurs, le caractère potestatif de la convention, les conséquences que l'on en voudrait tirer seraient contraires à la fin poursuivie par les tribunaux. La nullité de la clause eût dû entraîner, étant donné son importance, la nullité du contrat tout entier (9). Or il a été excellemment noté que l'intention des juges et de l'acheteur était de maintenir le contrat aux anciennes conditions, et non de l'annuler (10).

Dès lors, pour expliquer la clause d'affranchissement de responsabilité au cas de retard ou de défaut de livraison, deux constructions étaient admissibles.

On pouvait tout d'abord y voir une clause d'exonération de responsabilité. Il en résultait d'ailleurs que la clause n'avait aucun effet au cas d'inexécution intentionnelle de l'obligation, constitutive d'un dol. Dans les autres hypothèses la question était plus douteuse et de-

(8) Cf. L. Josserand, La thèse de l'abus des droits appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat (Rev. Gén. Ass. et Resp. 1929, n. 472, p. 472²). « La clause litigieuse est comprise en fonction du cadre dans laquelle elle est incluse; la partie est conditionnée par le tout, l'interprétation à laquelle on recourt est d'ordre objectif plutôt que subjectif..., elle est donnée *secundum subjectam materiam*..., eu égard à l'esprit du contrat..., on fait dire aux parties ce qu'elles ont raisonnablement voulu dire.

(9) Ap. Limoges, 5 décembre 1925, Bernis : Gaz. Pal. 1926, 1, 495. — Rennes, 20 avril 1923 : Rec. Nantes, 1923, 1, 161. — Cf. également : Com. Havre, 11 janvier 1928 : Rec. Havre, 1928. — Com. Seine, 30 mars 1920, Roeser, : Gaz. Pal. 1920, 2, 70.

Admettent le caractère potestatif de l'engagement : Rennes, 12 janvier 1921 : Rec. Havre 1921, 2, 52. — Com. Lyon, 29 mars 1920, Guyot : Gaz. Pal. 1920, 1, 571. — Civ. Beaune, 16 décembre 1920 : Rec. Dijon 1920, 129 - Gaz. Pal., Tables, 1920, 25, V° Vente en général, n. 93. Sur la vente sous condition potestative : Cf. Gaz. Trib. 1921, 2, 158, et la note de jurisprudence.

(10) M. G. Ripert, note précitée.

vait recevoir sa solution particulière selon le système adopté à l'égard des clauses d'exonération. On pouvait en premier lieu soutenir que la démonstration d'une faute quelconque suffisait pour entraîner, malgré la clause, la responsabilité du débiteur, mais il était alors inutile de dire, comme l'a fait un jugement du tribunal civil de la Seine, rendu sur une des espèces relatives aux bons de commande Citroën, que la simple faute commise imprime un caractère potestatif au contrat, ce qui est d'ailleurs inexact (11). Ou bien l'on pouvait décider que dans la mesure où une faute lourde ou un dol n'étaient pas établis, la responsabilité du débiteur était dégagée : telle fut en effet en ces matières la solution d'un arrêt de la Cour de Limoges (12). Cette interprétation est à l'abri de toute critique, réserve faite de savoir si elle s'accorde avec celle de la Cour de cassation en matière de clauses d'exonération (13).

Si la réduction de la clause de suppression de dommages-intérêts au cas de retard à une clause d'exonération de responsabilité, pouvait dans certains cas s'accorder avec l'intention des parties, il faut toutefois reconnaître qu'il n'en était généralement pas ainsi, et cette considération explique le peu de faveur de la ju-

(11) Com. Seine, 19 décembre 1919, Larraz, 1^{re} espèce : D. P. 1920, 2, 23 - Gaz. Pal. 1920, 1, 8 - Rev. Trim. 1921, 247.

(12) Limoges, 5 décembre 1925, Bernis : Gaz. Pal. 1926, 1, 495. La Cour de Limoges réserve toutefois l'hypothèse de l'abus des droits qu'elle restreint au cas où, protégé par la clause, le vendeur s'en servirait, sans profit pour lui, pour causer un préjudice à l'acheteur ou pour obtenir un avantage non prévu au contrat. On retrouve là, l'opposition entre l'abus de droit naissant de l'utilisation de l'acte pour une fin autre que celle qui a été concédée et l'abus naissant de l'intention malicieuse de l'agent.

(13) V. au contraire : Paris, 30 mars 1920 : Gaz. Pal. 1920, 2, 70, qui ramenant également la clause, à une clause de non-responsabilité, décide que la preuve d'une simple faute entraîne la responsabilité du débiteur.

jurisprudence pour cette première construction. En réalité, la convention avait pour but d'autoriser le vendeur à différer la livraison et à échapper à la responsabilité qui eût pesé sur lui en l'absence de clause, au cas où il eût rencontré dans l'exécution de son obligation des difficultés imprévues, mais ne constituant pas un cas de force majeure. Elle avait pour but, non pas de permettre au constructeur de ne pas exécuter de son seul gré, mais d'autoriser une libération plus facile au cas d'inexécution. Cette clause n'est donc pas sans une certaine analogie avec celles qui ont pour but d'étendre les notions de cas fortuit ou de force majeure que la jurisprudence a entendues si restrictivement (14).

Tel est bien d'ailleurs le terrain sur lequel les constructeurs se placèrent, ne prétendant nullement pouvoir se dégager à leur gré du contrat, mais alléguant toute une série de faits : grève, loi de huit heures, déficit de fournitures ou de matières premières qui ne présentaient pas un caractère libératoire aux termes du droit commun, mais qui auraient pu le revêtir, étant donnée la convention intervenue entre les parties (15). Il ne

(14) V. en ce sens : Lyon, 16 juin 1921 : Mon. Jud. Lyon, 9 novembre 1921. — *Id.*, 19 décembre 1921 : Mon. Jud. Lyon, 25 août 1922 - Rec. Gaz. Pal., Tables, 1923, I, V° Vente commerciale, n. 21 et 22. — Douai, 16 février 1922 : Rec. Douai, 16 février 1922, 295. — Lyon, 18 juillet 1921 : Mon. Jud. Lyon, 14 novembre 1921. — Com. Rouen, 17 décembre 1919 : Gaz. Pal. 1920, 1, 90 - Mon. Jud. Lyon, 10 mars 1920.

(15) Les arrêts qui reconnaissent ce principe obligent évidemment le vendeur à ne pas se dégager du contrat par sa seule volonté, Com. Nantes, 7 avril 1921 : Rec. Nantes 1921, 1, 51. — Lyon 19 décembre 1921, précité. — Paris, 17 juin 1924 : Gaz. Trib., 15 août 1924. — V. Com. Marseille, 3 février 1920, Tabet : Gaz. Pal. 1920, 1, 185 (4^e espèce). — Com. Perpignan, 10 février 1920 : Gaz. Pal. 1920, 1, 238. — Com. Le Havre, 14 mars 1921 : Rec. Havre 1922, 1, 57) qui refusent en toute circonstance la libération du débiteur et autorisent l'acheteur à se remplacer (1^{er} jugement), ou imposent au vendeur une astreinte (Civ. Perpignan, 10 février 1920, précité).

semble pas douteux que, si la clause avait formellement envisagé cette éventualité (qui était d'ailleurs bien celle qu'il s'agissait de régler) et avait stipulé l'exonération du débiteur, les tribunaux en auraient reconnu la validité : on ne relève que trop souvent l'invalidation des conventions d'exonération tenant à l'insuffisance ou à l'imprécision de leur rédaction (16).

La clause conférait donc dans certains cas au débiteur le droit de ne pas exécuter. Telle était la supériorité et la raison de la plus grande exactitude de cette analyse; au contraire, cette faculté concédée au débiteur eût apparu comme un dol sous le régime des clauses d'exonération. C'est la raison pour laquelle le seul arrêt qui ait admis cette dernière interprétation, est relatif, non à un cas d'irresponsabilité du constructeur, mais d'un revendeur, et alors que le problème se posait en fait, en termes différents.

Obligation sous condition potestative, clause de non-responsabilité, convention relative au cas fortuit, telles étaient les trois idées que l'on pouvait trouver sous une même formule, et qui, selon les conclusions des parties pouvaient se trouver discutées. La Cour de cassation n'a malheureusement pas pris part sur cette controverse, réservant comme toujours en ces matières, le pouvoir souverain des juges du fond (17). Telle est la raison pour laquelle une dernière théorie un peu diffé-

(16) Ces deux considérations sont très exactement présentées dans un jugement de Com. Rouen, 18 décembre 1919, Ménager : D. P. 1920, 2, 33 (2^e espèce) - Gaz. Pal. 1920, 1, 90. Il reconnaît que la portée de la clause réside en ce qu'elle n'oblige « Citroën à donner suite au contrat que dans la mesure où les circonstances le permettraient normalement », mais « qu'il eût été préférable d'employer une formule plus explicite et de prévoir les circonstances de nature à justifier cette non livraison ».

(17) Req., 12 avril 1922 : Gaz. Pal. 1922, 2, 212, sur Ap. Paris, 1921, 1, 15, précité.

rente a pu se faire jour, qui ramène la clause précédente à la concession d'une tolérance raisonnable dans l'exécution du contrat (18). Le débiteur obtient, grâce à la clause, une prorogation du délai de livraison déterminée par les usages du commerce, les circonstances particulières du marché, mais sans pouvoir se dégager du contrat. Exacte dans certaines hypothèses, cette interprétation ne l'est pas dans toutes, et l'analyse de la clause en une convention relative aux cas fortuits semble la plus satisfaisante.

47. — Toutes les conventions précédentes pourraient aussi bien être imaginées au profit de l'acheteur, et les mêmes principes devraient leur être appliqués. La clause de « livraison à la demande de l'acheteur », par exemple, ne peut faire dépendre le contrat de la seule volonté de celui-ci : il ne peut retarder la livraison au

(18) Req., 4 juillet 1921 : S. 1922, 1, 158. — *Id.*, 9 mai 1921 : S. 1922, 1, 159 - Rev. Trim. dr. civil 1922, 895. — V. également les observations de M. Demogue : Rev. Trim. 1921, 247.

La pratique révèle une autre clause beaucoup plus curieuse, « les acheteurs s'interdisent le droit de refuser la marchandise quelle que soit la différence de valeur entre la livraison et le type ». Un jugement de Com. Havre, 23 avril 1929 : Rec. Havre, 1929, 1, 146, a jugé cette clause illicite comme permettant au vendeur de se soustraire à ses obligations. Sa décision a été critiquée par M. R. Demogue, Rev. Trim. 1929, 1107, parce que l'acheteur peut renoncer de façon anticipée, tant à invoquer l'exception *non adimpleti contractus* qu'au droit de demander la résolution judiciaire. Le premier argument n'est peut être pas décisif : l'exception *non adimpleti contractus* n'offrant qu'un moyen de défense, et la renonciation à ce droit laissant intacte la possibilité de demander la résolution du contrat. Mais il est impossible qu'un vendeur puisse à son gré livrer une expédition de valeur infime par rapport à celle qu'il a promise. La renonciation au droit de résolution s'explique quand la différence de valeur est faible et indépendante de la volonté du débiteur : elle ne peut certainement s'appliquer au cas de dol.

delà d'un délai normal et conforme aux usages (1). Cependant, ces clauses sont rares et l'on remarquera généralement une tendance en pratique à diminuer au contraire les droits de l'acquéreur. La disposition de l'article 1587 déclarant qu'il n'y a pas vente tant que l'acheteur n'a pas goûté ou agréé « le vin, l'huile et les autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat » est souvent limitée par la clause « d'échantillons agréés », qui rend la vente définitive sous la seule condition que les produits livrés soient conformes aux échantillons (2), par la stipulation de « qualité loyale et marchande » qui permet au vendeur de réclamer une expertise si la marchandise n'est pas agréée (3), enfin, par influence des usages locaux qui ramènent souvent la clause « sauf agréage » à la condition « de qualité loyale et marchande » (4). Les clauses stipulées au profit du vendeur, quand elles laissent indéterminé le délai de livraison ont pourtant un intérêt pour l'acheteur : c'est de laisser également indéterminé le délai de retraitement. L'acheteur échappe ainsi à la résolution de la vente, de plein droit et sans sommation prononcée par l'article 1657 au profit du vendeur, quand l'acheteur a négligé d'effectuer le retraitement au terme convenu. Cependant, rien n'empêcherait de fixer un délai distinct pour la livraison et pour le retraitement, et c'est par là que s'expliquent les solu-

(47-1) Rennes, 8 décembre 1927 : Rec. Rennes 1929, 94 - Gaz. Pal., V^e Vente commerciale, 1928, 1, n. 37-38. Elle lui confère seulement le droit de se livrer suivant les nécessités de son industrie, Rennes, 29 mars 1928 : Rec. Rennes 1928, 286 - Rec. Gaz. Pal., V^e Vente commerciale, 1929, 1, n. 30, 31.

(2) Req., 26 décembre 1922 : D. P. 1922, 1, 23.

(3) Req., 29 mai 1905 : D. P. 1905, 1, 426 - S. 1907, 1, 494.

(4) Req., 22 octobre 1923 : D. P. 1924, 1, 77.

tions différentes données en cette matière par les arrêts (5).

48. — Si, des conventions relatives à l'objet de l'obligation du vendeur, puis au délai de livraison, on passe à celles qui touchent le prix, on voit que l'indétermination du prix se réalise par un procédé un peu différent : le vendeur indique que le prix est donné « à titre de simple indication et sans engagement ».

Des formules semblables se rencontrent quant à l'indétermination du délai dans les clauses portant que la date de livraison est donnée à titre de simple indication. En ce cas, la jurisprudence soumet cette clause au même régime que celles qui accordent expressément au débiteur une certaine tolérance; elle ne saurait en aucune manière avoir pour effet de permettre au vendeur de retarder indéfiniment l'exécution de son obligation, et le tribunal peut toujours fixer le délai dans lequel livraison devra être faite (1).

Par sa nature même, la clause « prix sans engagement » ne peut avoir le même effet. Si elle est insérée dans un prospectus, elle traduit la volonté du débiteur de ne pas voir son offre considérée comme définitive : le contrat ne se forme pas, aucune difficulté ne s'élève.

(5) Grenoble, 13 janvier 1920 : *Gaz. Trib.*, 3 mars 1920. — Besançon, 18 novembre 1920 : *Gaz. Trib.*, 4 juillet 1921. — Com. Alger, 4 mars 1926 : *Gaz. Pal.* 1926, Som. 87.

(48-1) V. *supra* n. 47, note 18. — V. pour la clause « les délais ne sont pas de rigueur » : Douai, 14 mars 1929 : *Rec. Douai* 1929, 146 - *Rev. Trim.* 1929, 779, et les observations de M. R. Demogue; elle entraîne un nouveau délai, mais non indéfini, à déterminer d'après les usages du commerce (Grenoble, 12 octobre 1920 : *Gaz. Pal.* 1920, 2, 575 - *D.* 1921, 2, 43 - *Gaz. Trib.* 6 décembre 1920); clause « à titre de simple indication et sans engagement ». — Clause « environ telle date » (Com. Seine, 5 décembre 1919 : *Gaz. Pal.* 1920, 1, 580). — Clause « vers le 10 juin » (Com. Nantes, 4 février 1924 : *Rec. Nantes* 1924, 1, 199).

Mais il est possible de la rencontrer dans un contrat, quand, prévoyant des difficultés économiques, le débiteur entend se réserver le droit de modifier le prix. L'effet de la clause ne peut être pourtant de lui permettre de fixer à son gré cette condition essentielle du contrat; sans doute suffit-il que le prix soit déterminable pour qu'une convention soit licite, mais la fixation doit en être faite par un procédé autre que la seule volonté de l'un des contractants. Pour apprécier la valeur de la clause, il importe de déterminer préalablement quelle est la condition du vendeur qui n'a fait aucune réserve quant au prix.

La réponse est aisée : pas plus qu'il ne peut demander la résolution du contrat pour impossibilité d'exécution, s'il ne prouve qu'il y rencontre un obstacle impossible, irrésistible, insurmontable, le débiteur ne peut demander à la justice la révision des conditions de son contrat. Il doit subir la loi qu'il s'est faite.

La clause doit modifier cette situation sur le second point, de même que la convention relative au délai de livraison avait transformé la première solution. La stipulation « prix sans engagement » produira plein effet quand elle est accompagnée d'un procédé de détermination du prix ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties (2) : variation selon le cours de telle matière première (3), par exemple, ou par arbitres (3), ou au prix courant d'une adjudication sur des produits semblables (4). Si les contractants n'ont pas réglé le mode de fixation du prix futur, le vendeur pourra s'adresser à la justice pour obtenir la résolution de son engagement : les tribunaux apprécieront

(2) Cass., 14 février 1927 : Gaz. Pal. 1927, 1, 677 - S. 1927, 1, 175. — *Id.*, 7 janvier 1925 : Gaz. Pal. 1925, 1, 536.

(3) Caen, 26 décembre 1928 : Gaz. Trib., 11 mai 1929.

(4) Civ. Mulhouse, 17 avril 1926 : Rev. Jur. Al.-Lor. 1927, 379.

alors si l'obligation est devenue plus lourde, si un nouveau prix semble juste; il serait même logique d'admettre qu'ils peuvent, en ce cas, modifier cet élément du contrat.

Les clauses qui tenteraient de donner plus de droits encore au vendeur, lui permettraient de facturer la marchandise à son prix courant (5) au moment de la livraison, ou de fixer le prix au mieux (6), sont au contraire annulées; elles laissent l'acheteur à la discrétion de l'autre partie. C'est cette dernière idée qui sert d'ailleurs de critère à la jurisprudence, car elle reconnaît la validité de la clause par laquelle le prix est fixé unilatéralement par le constructeur, mais qui laisse à l'acheteur une faculté de résiliation si la modification ne lui convient pas. Il conviendrait toutefois alors, que la notification du nouveau prix et l'acceptation corrélative soient faites avant l'expiration du délai extrême de livraison (7).

49. — Qu'il s'agisse de l'objet de l'obligation du débiteur, du délai ou du prix, toutes les conventions qui

(5) Com. Le Havre, 12 janvier 1927 : Rec. Havre, 1927, 1, 39 - Gaz. Pal., Tables, 1927, 1, V° Vente comm., n. 8. — Cpr. Civ. Beaune, 16 décembre 1920 : Rec. Dijon, 1920, 129.

(6) Com. Le Havre, 16 mai 1927 : Rec. Havre, 1927, 1, 159 - Gaz. Pal., Tables, 1928, 1, V° Vente, n. 16.

(7) Com. Carcassonne, 2 avril 1920 : Gaz. Pal. 1920, 1, 574. — Com. Seine, 26 juin 1920 : La Loi, 29 août 1920. — V. Douai, 23 février 1922 : Rec. Douai, 1922, 147, qui reconnaît que le vendeur peut modifier à lui seul les conditions, et qu'il ne peut imposer de nouvelles prises de livraison sans obtenir un nouvel accord. — Com. Le Havre, 14 mars 1921 : Rec. Havre, 1922, 1, 57, se contente simplement de la notification de la hausse.

Pour la signification de la condition « terme à déclarer », V. Com. Marseille, 29 décembre 1927 : Rec. Marseille 1928, 1, 100. La fixation du prix se fait pour chaque livraison ou par rapport aux cours officiels des marchandises.

viennent d'être étudiées se rattachaient à l'idée que les parties peuvent laisser indéterminé, pourvu qu'il soit déterminable, un des éléments du contrat. Telle était, en effet, la première série de clauses qu'il convenait d'examiner. Mais il en est une seconde légèrement différente et qui rentre comme la première dans l'objet de cette section : il s'agit des conventions par lesquelles une partie remplace dans un contrat, la prestation habituelle par une autre obligation de résultat moins lourde pour elle. La vie juridique montre tous les jours des exemples de ce genre (1), mais l'un des procédés les plus curieux employés et qui demande d'être étudié de près est celui par lequel les agences de renseignements ont ainsi limité leur responsabilité.

50. — On trouve généralement dans leurs carnets d'abonnement, des clauses aux termes desquelles « leurs renseignements ne sont que l'écho sur place de l'opinion telle que l'agence a pu la constater », « qu'ils ne contiennent qu'une indication sur laquelle l'abonné ne saurait uniquement se baser, mais qu'il doit contrôler de toute autre manière avant d'accorder ou de refuser un crédit. » Ces clauses ne semblent pas avoir attiré ni l'attention des auteurs des monographies parues sur les agences de renseignements et leur responsabilité, ni celle de la jurisprudence (1). La raison en est sans

(49-1) V. pour la clause « sans garantie » dans les effets de commerce par laquelle le cédant refuse de se porter garant du paiement et supprime le recours éventuel du porteur, J. Bouteron, *Le chèque*. V. également : Com. Menton, 7 mars 1930 : *Gaz. Pal.* 1930, 2, 850, pour une clause mettant au porteur le dépôt en banque : celle-ci se dégage de sa responsabilité au cas de perte ou de vol du carnet de chèque « le contenu de l'obligation dépend de la teneur du titre et l'obligation est valable ».

(50-1) Averty, *Th. Paris*, 1905 [99], p. 111, le signale. — V. par contre, Lorient, *Th. Paris*, 1909 [60], qui les omet, de même que Thibault, *op. cit.*, n. 182-183, p. 220, 221.

doute qu'elles sont fréquemment mêlées à des clauses de non-responsabilité proprement dites, ou à des clauses confidentielles de nature toute différente sur lesquelles s'est, en général, engagée la discussion. On conçoit pourtant, à l'occasion de ces clauses, un double conflit, avec le tiers lésé par la publication d'informations ou avec le client.

Le premier cas est le plus simple. La responsabilité de l'agence à l'égard de ce tiers ne saurait en aucune manière être atténuée par les clauses, non parce que la responsabilité étant délictuelle, il est d'ordre public de ne la modifier en rien, mais parce que la victime n'a pu autoriser une diminution de la responsabilité de l'auteur du délit. Celui-ci restera donc soumis au droit commun. Peu importe qu'on ne puisse lui reprocher aucune mauvaise foi, si les renseignements sont l'expression d'une rumeur injuste (2); peu importe également qu'ils soient défavorables, s'ils ne sont pas inexacts (3). Non seulement la sanction civile est donc conservée, mais les sanctions pénales pourraient même entrer en jeu, si les éléments d'intention et de publicité se trouvent par ailleurs réunis. Le délit de diffamation peut être réalisé alors même que son auteur s'est borné à se faire l'écho de la rumeur publique (4).

(2) Req., 5 décembre 1881 : D. P. 1883, 1, 224. — Paris, 24 octobre 1890 : D. P. 1893, 2, 97. — Montpellier, 4 novembre 1902 : Gaz. Pal. 1903, 1, 241. — Nancy, 21 novembre 1903 : Droit, 15 janvier 1904. — Ap. Paris, 10 mars 1864 : D. P. 1893, 2, 97, s. note f. — Ap. Rouen, 18 juin 1881 : D. P. 1893, 2, 97, sous note. e — Com. Seine, 6 janvier 1893 : D. P. 1893, 2, 97, sous note c. — Rapp. Cour Bruxelles, 13 novembre 1913 : Jur. Com. Brux. 1914, 36.

(3) Civ., 26 novembre 1901 : P. fr. 1903, 5, 45. — Com. Seine, 25 mars 1903 : La Loi, 10 avril 1903. — Com. Lyon, 26 janvier 1906 : P. fr. 1906, 2, 160. — Com. Seine, 4 juin 1889 : D. P. 1893, 2, 97, sous note j (implicite). — Trib. Liège, 13 janvier 1912 : Jur. Liège, 1912, 1, 148.

(4) Crim. rej., 26 février 1875 : D. P. 1877, 1, 186.

Par contre, et à l'égard du client, la question est plus délicate. Ne peut-on, en effet, concevoir que le degré de diligence de l'agence, le caractère plus ou moins complet de ses informations soient laissés à la libre discrétion des parties. L'abonné peut demander à son cocontractant des renseignements plus ou moins étendus, se contenter du rapport fait par l'agence de l'opinion qu'une place porte sur un débiteur, sans exiger une enquête minutieuse et un jugement personnel.

Il en serait sans doute ainsi, et la clause devrait être pleinement validée, si le plus souvent les autres clauses du contrat n'obligeaient à exclure cette interprétation. La nature du contrat de renseignements peut alors apparaître comme consistant, non pas à révéler ce que tout le monde sait ou croit savoir, mais à obtenir des précisions plus grandes par delà les apparences trompeuses qui déterminent parfois l'opinion publique. Il peut alors exister une atteinte portée par la clause à un caractère essentiel du contrat, qui entraîne son invalidation. La jurisprudence est d'ailleurs très défavorable à ces stipulations tendant à une exonération déguisée de la responsabilité de l'agence (5), alors que (et le trait est curieux), elle valide de façon assez large en cette matière, les conventions avouées de non-responsabilité. La même contradiction entre les stipulations du contrat se réalisera, quand, après s'être obligée expressément à donner tous les renseignements sur la situation commerciale ou financière d'un commerçant, l'agence tente de se dispenser d'informer l'abonné de l'incapacité de l'enquêté dont la connaissance est

(5) Paris, 12 mai 1920 : D. P. 1920, 2, 39. — Cf. pour la clause « les renseignements sont donnés sans garantie », Ap. Paris, 10 octobre 1929 : D. H. 1929, 576. — Com. Seine, 3 novembre 1891 : D. P. 1893, 2, 97, sous note c. — V. Thibault, Th. Paris, n. 183, p. 221, et n. 1.

indispensable pour pouvoir utilement contracter avec lui.

Il semble que dans tous les cas, et même si la clause n'est pas insérée en contradiction avec l'esprit du contrat, la jurisprudence engage la responsabilité de principe de l'agence, — mais les réserves faites par celle-ci, l'invitation donnée de contrôler et de compléter les renseignements, ont pourtant pour effet de constituer en faute le client qui, sur la seule foi des renseignements, s'engagerait dans une opération déterminée (6).

51. — Le problème qui vient d'être examiné pour les agences de renseignements se pose au premier abord, en termes presque semblables, en matière de presse. La reproduction d'un article, d'une information, des cours des diverses bourses s'il s'agit d'un journal financier est accompagnée de l'avertissement que ces renseignements sont donnés « à titre documentaire », « sous toutes réserves », « sans garantie » ou encore que « le journal décline toute responsabilité pour l'information donnée et en laisse la charge à son auteur » (1). Si l'on néglige, même temporairement, la

(6) Ap. Paris, 14 mars 1901, Proteau : D. P. 1903, 5, 649. — V. au contraire dans une espèce où la clause n'était pas insérée et où l'arrêt relève comme déterminante la minutie et la précision des détails donnés : Lyon, 8 mai 1912 : D. P. 1914, 5, 23.

On peut alors par la théorie de la faute commune, ou de la faute exclusive de la victime, parvenir à une exonération partielle ou complète : V., pour le premier cas, l'arrêt de Bruyn sous note a : D. P. 1893, 2, 97 — sous le second, Bruxelles, 5 mars 1913 : J. Com. Brux., 1913, 235 - P. P. 1913, 407. — Cpr. Thibault, Th. Paris, 1900 [47], qui se refuse à admettre cette solution.

(51-1) Cl. employée par la *France Economique et Financière*, V. pour l'Information « L'Information n'inscrivant pas elle-même le cours des valeurs, et ne faisant que reproduire les cours mentionnés par les cotes quotidiennes, décline toute responsabilité quant aux

question de l'effet de ces clauses à l'égard des tiers, leur examen se révèle plus délicat que pour les agences de renseignements, car il faut auparavant rappeler dans quelle mesure l'inexactitude des informations données par la presse autorise l'exercice de l'action en responsabilité.

Quand on envisage le problème sous cet angle, l'exigence d'un préjudice apparaît alors essentielle ; sa rareté rend presque inconcevable toute action en responsabilité. Il n'en est autrement qu'en matière financière où les conséquences des erreurs d'information peuvent être capitales : encore faut-il que le lecteur arrive à prouver que l'article ou l'indication de la cote ont été la cause déterminante du préjudice qu'ils ont subi : d'un achat malheureux de titres par exemple (2).

Si l'on suppose le préjudice établi, la jurisprudence décide quant à la faute, que la responsabilité du journal n'est engagée que si la rédaction a agi de mauvaise foi, indique comme vérifiés des faits inexacts (3), ou même sans en contrôler l'exactitude matérielle s'il re-

cours mentionnés, publiés sous toutes réserves et sans garantie », et pour le marché hors cote (Cote Desfossés) : Les demandes et les offres ci-après ne sont inscrites qu'à titre indicatif et sous toutes réserves.

(2) Cette raison est généralement décisive, V. Com. Seine, 27 avril 1929 : D. H. 1930, Som. 8 - Gaz. Trib., 22 octobre 1929. — Civ. Seine, 7 juillet 1925 : D. H. 1925, 525 - Rev. Trim. 1926, 127, et les observ. de M. R. Demogue. — V. également Rev. Trim. 1929, 1082 ; 1930, 371. — Civ. Seine, 21 juillet 1930 : Gaz. Trib., 31 décembre 1930 - Rev. Trim. 1931, 111.

Tout au plus concevrait-on une action en résolution formée par l'abonné, au cas où la répétition d'erreurs serait de nature à diminuer la valeur du périodique.

(3) Trib. Vesoul, 27 mars 1900 : Gaz. Pal. 1900, 2, 175. — Grenoble, 23 janvier 1923 : Gaz. Trib. 1923, 2, 614 - Rev. Trim. 1924, 100. Il ne s'agit d'ailleurs ici que de la responsabilité du journal à l'égard de ses lecteurs et non des tiers.

produit des renseignements. Par contre, un lecteur ne saurait exiger la vérification de tous les faits portés à sa connaissance. L'auteur d'un article a le droit d'accueillir tels quels les **comptes** d'un bilan, l'annonce d'une distribution de dividende; sa responsabilité ne pourrait être mise en jeu que s'il conseillait un achat de titres dont il connaît le peu de valeur, commettant ainsi un véritable dol (4).

La signification et la portée des clauses employées par la presse s'éclairent à la lueur de ces principes. Certaines ont pour but de révéler au public l'impossibilité dans laquelle se trouve le journal de procéder à la vérification de ses informations. Si cette impossibilité est réelle, la clause n'ajoute rien à l'irresponsabilité antérieure. C'est ainsi qu'il faut traiter la clause indiquant que « pour les valeurs ne figurant pas à la cote syndicale des agents de change, leurs cours, publiés par des cotes privées sont reproduites à titre indicatif et sans responsabilité ». Le journal n'est alors tenu que des erreurs qui pourraient se glisser dans la reproduction des cotes privées. L'effet de la clause est de souligner le caractère indicatif des cours, qui résulterait d'ailleurs de la nature mêmes des objets cotés, et à y attirer de façon particulière l'attention du lecteur (5). Au contraire, si la généralité de la clause était telle qu'elle couvre les fautes dans le contrôle ou dans la publication, elle devrait être soumise (en admettant qu'on la considère comme acceptée, ce qui est fort dou-

(4) Civ. Seine, 7 juillet 1925 : D. H. 1925, 525 - Rev. Trim. 1926, 127. — Trib. Seine, 14 avril 1923 : Gaz. Trib. 1923, 2, 569 - Rev. Trim. 1924, 100 - B. Jud. 1925, 188. — Cass., 23 juillet 1930, Gayon : S. 1931, 1, 20.

(5) Elles l'empêchent notamment de pouvoir utiliser la cote pour agir en responsabilité contre son mandataire qui aurait acheté des titres à une valeur supérieure à celle publiée par le journal.

teux) (6) aux règles générales des clauses de non-responsabilité.

52. — Enfin on retrouve encore dans un domaine à peine différent la stipulation que les renseignements sont donnés à titre indicatif et sans engager de responsabilité : il s'agit des prospectus des banques pour le placement des valeurs. Les clauses accompagnent alors la notice laudative des titres, en indiquant que tous les renseignements proviennent de la société émettrice et n'engagent nullement la banque — « que la banque émettrice reste étrangère aux prospectus, affiches et annonces concernant la souscription ».

Une distinction semble nécessaire pour apprécier la valeur de cette réserve.

Il est en effet des cas dans lesquels la banque se présente comme mandataire de la société (1). Etant donné l'identification juridique du mandant et du mandataire, on ne voit pas comment la banque peut nier en tant que personne privée la portée des déclarations faites par le mandant et qu'elle répand en qualité de mandataire. D'autre part, et si le rôle d'intermédiaire de la banque ne crée pas entre elle et les souscripteurs de liens contractuels, si elle ne garantit pas, à moins d'engagement

(6) Toutes ces clauses se trouvent en effet insérées dans le corps de la publication. Le lecteur n'est pas censé y avoir adhéré, à moins que sa connaissance de la clause ne puisse être dégagée de circonstances de fait.

(52-1) Sur la distinction entre les rôles du banquier comme mandataire ou comme vendeur : cf. Civ. Seine, 7 juillet 1925 : D. H. 1925, 525. — Seine, 2 décembre 1926 : Rev. Trim. 1927, 444. — Caen, 30 mars 1928 : Rev. Trim. 1928, 907. — *Id.*, 12 juin 1929 : Gaz. Pal. 1929, 2, 637 - Rev. Trim. 1929, 1094, et les observations de M. R. Demogue. — Rép. Prat., V° Société, n. 1870 et s. — M. Wahl, note S. 1913, 2, 129, sur Lyon, 6 mars 1912, Giffard. — A. Wahl, Dr. Commercial, n. 1526 (1921, p. 536).

formel (2) ou de dol (3) la solvabilité éventuelle de la société et la correction de l'exécution de ses obligations, la jurisprudence reconnaît à sa charge et sur le terrain délictuel, l'obligation de vérifier la régularité initiale de la société et l'existence des garanties qu'elle offre : obligation que le projet de loi sur la protection de l'épargne lui impose à titre impératif (4). L'établissement est donc tant en jurisprudence, que dans la législation future, responsable de ce point de vue, des affirmations mensongères ou même simplement imprudentes des prospectus qu'il répand, sans pouvoir s'affranchir de l'obligation de vérification qui lui est imposée, ni stipuler de clauses d'irresponsabilité (5).

La situation est assez différente quand le banquier place des titres comme vendeur, et par la réserve opposée, détache son opinion de celle de la société. Sa situation n'est d'ailleurs guère préférable parce que la jurisprudence applique en matière mobilière et à la vente des titres les règles posées pour la garantie des vices cachés. Une clause de non-garantie du genre de celle

(2) Cass., 14 août 1898, Dreyfus : D. P. 1879, 1, 57.

(3) Le dol commis par le banquier mandataire entraînerait d'ailleurs non seulement sa responsabilité, mais également celle de ses mandants, s'il a agi dans les limites de ses fonctions (Cass. req., 30 juillet 1895, Liquidation de la Société Lyonnaise : S. 1896, 1, 288).

(4) Art. 17, projet de loi Tardieu, 14 novembre 1930 : Doc. Parl., Ch. 1930, Annexe n. 4050, Titre III, art. 17. « Le banquier qui procédera à l'émission d'obligations sera tenu de certifier sous sa responsabilité l'exactitude des mentions portées sur les prospectus d'émission », obligation sanctionnée pénalement par l'art. 405, C. pén., au cas où les publications seraient faites de mauvaise foi pour obtenir l'achat des obligations : V. p. 123, 2^e col., et 125, l'exposé des motifs.

(5) Il s'agit d'une faute grave dont le banquier ne peut décliner la responsabilité (Req., 18 mars 1891 : D. 1891, 1, 401. — Civ., 18 mars 1891 : D. 1891, 1, 401. — Orléans, 4 juin 1892 : D. 1896, 1, 161, De l'Escale. — Paris, 12 décembre 1893 : D. 1896, 2, 481, note de M. Pic. — V. M. Louis Lucas, note sous Paris, 5 décembre 1887, Ann. Dr. Com. 1888, 1, 101).

autorisée par l'article 1628 C. civ semblerait efficace, mais elle devrait être insérée en termes exprès.

Les réserves sont donc insuffisantes, sans qu'il soit même besoin de prouver que la banque a, en fait, participé à la rédaction des prospectus d'émission, ou connaissait le caractère mensonger des allégations de la société, faits qui, s'ils sont prouvés, entraînent évidemment sa responsabilité pour toutes les conséquences préjudiciables de ses déclarations (6). Si une clause relative à la garantie des vices était insérée, dans ce cas à la responsabilité plus étendue du banquier correspondrait un moyen d'exonération efficace dans la mesure où le sont elles-mêmes les clauses d'exonération des vices cachés (7).

53. — Ces trois dernières clauses présentent d'ailleurs un caractère ambigu. Parfois, le fait qu'un contractant indique que la déclaration qu'il fait l'est sans engagement, à titre indicatif doit être analysée quand il s'agit d'une donnée matérielle comme une clause d'indétermination d'un élément du contrat. Tantôt, en même temps qu'il constitue une manifestation de clause par laquelle un débiteur substitue à une obligation une autre moins lourde, du fait même que le service rendu par le débiteur est moins précis, la convention oblige le créancier à prêter une attention particulière à la qualité de la prestation promise, et touche ainsi aux clauses par lesquelles les parties étendent conventionnellement les cas de faute du débiteur (1). Enfin, elles se rapprochent (et

(6) Cass., 18 mars 1891, *Le Crédit du Nord* : D. P. 1891, 1, 401 - S. 94, 1, 70.

(7) On observera en effet que le banquier est vendeur professionnel — et ne doit pouvoir à ce titre user des clauses de non garantie des vices cachés : V. *infra*, n. 70.

(53-1) Ces clauses seront ainsi examinées à nouveau de ce point de vue, *infra*, n. 80.

le fait est surtout patent pour la clause stipulée par les banquiers) des déclarations faites par un individu pour déclarer qu'il n'existe en sa puissance aucune des conditions d'existence de la responsabilité, qu'il est étranger sur le terrain contractuel ou délictuel à la survenance du dommage.

Par toutes les conventions précédentes, la rigueur du lien obligatoire a déjà été affaiblie, mais la volonté des parties peut aller plus loin encore et détruire toute obligation de résultat afin que le débiteur ne soit plus tenu que d'une obligation de moyen.

SECTION III

CLAUSES SUBSTITUANT A UNE OBLIGATION DE RESULTAT UNE OBLIGATION DE MOYEN

- (54) I. Principe de la distinction des deux séries d'obligations. —
II. Réduction d'une obligation de résultat à une obligation de moyen.

- I. Principe de la distinction. — (55) Différences entre les deux obligations du point de vue de la preuve. Obligation du créancier de prouver la faute au cas d'obligation de moyen. Ressemblance de fait de cette preuve et de celle de l'article 1382 C. civ. — (56) Confusion due à cette ressemblance. Caractère contractuel de la responsabilité médicale. — (57) Problèmes analogues. — (58) Difficultés éprouvées dans certains cas limites à distinguer si la preuve de la faute tient à la violation d'une obligation de moyen ou d'une responsabilité délictuelle. — (59) Difficultés tenant à la combinaison d'une obligation de moyen et d'une obligation de résultat. — (60) Recherche d'un critérium de l'obligation de moyen.
- II. Réduction de l'obligation de résultat à l'obligation de moyen. — (61) Possibilité d'une telle convention. Analyse et portée de l'article 1137 C. civ. — (62) Distinction de cette opération et

d'une clause de non-responsabilité. — (63) Distinction de deux problèmes : A. Limitation implicite, au cas de service gratuit de la diligence normale; B. — (64) Limites de l'autonomie de la volonté. — (65) Interdictions exceptionnelles de limitation de diligence.

54. — La distinction de l'obligation de résultat et de l'obligation de moyen aperçue par M. Demogue à l'occasion de divers arrêts annotés par lui à la *Revue trimestrielle de droit civil*, et présentée dans son *Traité des obligations* (1) sous une forme systématique, traduit cette idée d'évidence que, parmi les contrats réglementés par le législateur ou ceux que crée la libre convention des parties, l'objet de l'obligation peut être extrêmement différent. S'il est des cas, de beaucoup les plus nombreux, dans lesquels le débiteur promet un fait, dans d'autres (par suite de la nature du contrat, ou parce qu'il n'entend pas assumer plus d'obligations) le débiteur ne s'engage pas à prêter un résultat, mais seulement à faire montre de diligence pour arriver à l'exécution.

Les clauses substituant une obligation de moyen à une obligation de résultat posent ainsi un double problème : il faut en premier lieu éprouver la distinction proposée, en pénétrer le sens, apprécier les avantages qu'elle présente pour le débiteur. Puis, cette étude faite, on doit déterminer dans quels cas le débiteur peut ainsi modifier le contenu de son obligation, quelles limites doivent être posées à la volonté des parties.

55. — L'opposition de l'obligation de moyen et de l'obligation de résultat conduit à une différence essen-

(54-1) R. Demogue, *Tr. Oblig.*, V, 1237. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 377, p. 520. — R. Dallant, note D. P. 1929, 1, 90 (5^e col.). — Becqué, Responsabilité du fait d'autrui. — Notes de M. R. Demogue : *Rev. Trim.* 1926, 425 - *Rev. Trim.* 1912, 278. — Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, p. 16, 17, 21 et 406.

tielle entre elles quant à la mise en jeu de la responsabilité du débiteur. Dans le second cas (qui représente le type classique d'obligation), la démonstration par le créancier du contenu de l'obligation et de son inexécution suffit à engager la responsabilité du débiteur. Ce trait, que l'on a souvent analysé comme constitutif d'une présomption de faute, a été relevé comme constitutif d'une différence technique foncière entre les responsabilités contractuelle (où le débiteur est présumé en faute) et délictuelle (où la victime doit administrer la preuve du défaut de vigilance, de l'imprudence de l'auteur du dommage). Il apparaît aujourd'hui plus juste, d'y voir une simple application des principes généraux du droit. Le créancier demandeur a satisfait à la charge qui lui incombe quand il a prouvé l'existence de son droit et sa violation : la preuve de celle-ci est faite par la violation du contrat, la première par le contrat lui-même. Si la responsabilité contractuelle s'oppose à la responsabilité délictuelle, c'est que pour cette dernière la nature de l'obligation violée, qui est généralement négative (obligation de ne pas léser autrui dans sa personne ou dans ses biens), oblige le créancier à faire la preuve détaillée de la faute. Mais de cette différence pratique, il est inexact de conclure, que dans tous les cas où une faute est prouvée à la charge d'un individu, la responsabilité de ce dernier est délictuelle. La différence tenant à la charge de la preuve n'est que dans l'ordre du fait, elle ne correspond au fond — la preuve vient d'en être donnée — à aucune différence de nature. S'il en est ainsi, et si seule la nature de l'obligation violée influe sur la détermination de la charge de la preuve, il est possible de trouver en matière contractuelle des hypothèses dans lesquelles le créancier devra apporter la preuve d'une faute du débiteur.

Il va en être précisément ainsi quand l'obligation as-

sumée par le débiteur est une obligation de moyens. Pour prouver que le contrat n'a pas été exécuté, le créancier doit démontrer que son débiteur n'a pas donné tous les soins auxquels il s'était engagé : il administre de ce fait une preuve semblable à celle qu'aurait à fournir un particulier agissant sur le fondement de l'art. 1382. Cette preuve n'en reste pas moins de l'ordre contractuel.

56. — Il serait à peine besoin d'insister sur ces notions dont l'évidence apparaît, si les théories des responsabilités contractuelle et délictuelle n'en avaient été obscurcies, la délimitation de leurs domaines respectifs n'ayant pas été faite en partant de cette idée première. De sorte qu'il s'est créé en pratique des confusions, et que l'on analyse comme traduisant une responsabilité délictuelle, les espèces dans lesquelles la charge de la preuve et la démonstration de la faute incombent au créancier.

La théorie de la responsabilité médicale en a été ainsi troublée (1).

(56 - 1) Sur la responsabilité médicale, cf. E.-H. Perreau, *Éléments de jurisprudence médicale*, 1908, p. 266, et note au S. 1909, 2, 225, sous Amiens, 14 février 1906 : D. P. 1907, 2, 441 - S. 1924, 2, 17 ; sur Rouen, 21 avril 1923 : Gaz. Pal. 1923, 2, 426 - Gaz. Trib., 13 juin 1923 - S. 1922, 2, 113 ; sous Paris, 26 juin 1919 : S. 1909, 2, 321 ; sous Aix, 22 avril 1906 (D. 1907, 2, 41). — L. Denisse, note au D. P. 1920, 1, 30 ; sous req., 21 juillet 1919 (S. 1922, 2, 113, en sous note). — Garraud et Laborde-Lacoste, *Rôle de la volonté du malade et du patient* : Rev. Gén. Droit 1926, et les auteurs cités *infra*, note 18. — *Adde* : Graven, *Les médecins et le Droit civil*, Th. Grenoble 1925 [48], p. 169 et s. — Hay, Th. Paris 1925. — Manche, Th. Paris 1913. — Brie, Th. Lyon 1910. — Rendu, Th. Paris 1909.

Par le terme de responsabilité médicale on entend d'ailleurs également celle des chirurgiens, des dentistes, des vétérinaires et des sages-femmes, de tous ceux qui mettent leurs connaissances professionnelles au rétablissement de la santé d'un être animé.

Il est en effet fréquent de voir affirmer que cette responsabilité est soumise aux règles des articles 1382 et s. C. civ. Ce principe n'est pas inexact, mais à condition de le limiter à son domaine véritable. Il s'applique indiscutablement à tout ce qui n'est pas l'objet propre du contrat entre le malade et son médecin : la prestation des soins. Quand un médecin commet une faute étrangère à cette matière, qu'il délivre à tort et de façon préjudiciable un certificat, la responsabilité qu'il encourt est certainement délictuelle (2). Mais il ne s'agit pas là d'une obligation dérivant d'un contrat ou qui soit propre à la profession médicale, car la responsabilité pour délivrance d'un certificat relève d'une théorie beaucoup plus générale (3). A plus forte raison en est-il ainsi quand la faute commise est celle d'un homme privé (4). Le caractère délictuel de la responsabilité est encore à bon droit reconnu par la jurisprudence quand l'acte du médecin, bien qu'exécuté de façon correcte du point de vue professionnel, a été entrepris sans utilité pour le bien du patient, lui faisant courir des risques disproportionnés au résultat à obtenir, dans un but esthétique ou de démonstration opératoire (5), ou si les

(2) Caen 18 janvier 1901 : D. P. 1904, 2, 370. — Nîmes, 3 juillet 1911 : D. P. 1914, 2, 85. — Civ. Havre, 4 juin 1921 : Gaz. Trib., 28 janvier 1922 - Rec. Gaz. Trib. 1922, 2, 122.

(3) V. pour la délivrance, par un concierge ou un propriétaire, d'un certificat de domicile : Seine, 3 février 1919 : Gaz. Trib. 1919, 2, 178 - Rev. Trim. 1919, 502, et les observations de M. R. Demogue. — Seine, 20 février 1924 : Gaz. Trib., 8 juin 1924 (par un patron).

(4) Critique de l'ordonnance d'un confrère : Civ. Nantes, 15 juillet 1907 : Gaz. Pal. 1907, 2, 399. — Médecin dissuadant le transport à l'hôpital alors qu'il connaît l'état de gravité du malade : Nancy, 19 janvier 1928 : Gaz. Pal. 1928, 1, 410.

(5) Lyon, 27 juin 1913 : D. P. 1914, 2, 73, note de M. Lalou. — Civ., 29 novembre 1920 : S. 1921, 1, 119. — *Id.*, 25 février 1929 : Gaz. Pal. 1929, 1, 424. — V. Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 525, *in fine*.

consentements nécessaires n'ont pas été donnés (6). Il faut enfin écarter les hypothèses dans lesquelles le médecin n'agit que comme directeur d'une maison de santé et a commis une faute dans la garde du malade (7). La responsabilité qui naît à son égard est bien contractuelle, mais d'un caractère différent de la responsabilité médicale, car elle dérive de la violation d'une obligation de résultat. Enfin, le problème se pose en termes différents quand l'action est intentée par les parents ou par les héritiers de la victime dont on peut reconnaître le droit propre à agir en responsabilité sur le fondement de l'article 1382 C. civ. (8).

Le domaine propre de la responsabilité médicale se trouve ainsi réduit à son objet spécifique : l'inexécution de la convention intervenue entre le patient et le médecin relativement aux soins que celui-ci doit donner.

Dans ce domaine la responsabilité contractuelle doit recevoir une compétence de principe (9). Autant vaudrait nier qu'un contrat est réellement intervenu, alors que s'en trouvent réunis les éléments constitutifs : consentement, cause, objet. Mais, par suite de la nature même du contrat, le médecin ne peut s'engager à assurer le rétablissement du malade, il consent seulement à mettre à son service sa compétence professionnelle. Le

(6) V. pour le consentement nécessairement préalable à l'anesthésie : Civ. Nice, 29 janvier 1930 : La loi, 3 avril 1930. — Marseille, 26 août 1921 : Gaz. Pal. 1921, 2, 162.

(7) Req., 14 décembre 1926 : D. P. 1927, 1, 105, note de M. Josserand - S. 1927, 1, 105, note de M. P. Esmein. — Ap. Paris, 25 juin 1920 : Gaz. Pal. 1920, 2, 341.

(8) Corr. Evreux, 16 novembre 1922 : Gaz. Pal. 1922, 2, 78. — Marseille, 26 avril 1921, précité.

(9) Encore conviendrait-il d'exclure les cliniques, maisons de santé, dans lesquelles des imprudences et négligences graves sont volontairement commises par leurs auteurs, dont l'unique préoccupation est d'accroître les revenus de leurs entreprises : Crim., 28 mai 1891 : D. 1892, 1, 195.

fait est particulièrement frappant quand le service attendu est l'exécution d'une opération chirurgicale. Malgré l'apparence, ce n'est pas l'opération elle-même qui est exigée du chirurgien, mais la prestation des soins pour le rétablissement du malade (10). Cette idée seule permet de résoudre avec aisance deux difficultés. Un médecin sera certainement répréhensible de procéder à une ablation demandée, qui, au cours de l'intervention, se révèle inutile — et cela malgré les termes du contrat. Inversement il peut, sans demander une autorisation spéciale, procéder à tous les actes qui lui paraîtraient nécessaires, alors que l'incertitude du diagnostic apparaît pendant l'opération (11). Il y a là deux conséquences de ce fait que le contrat qui en est la base repose sur une confiance spéciale mise dans le chirurgien, à qui n'est pas demandé un acte, mais la mise de ses connaissances et de ses aptitudes au service de la santé du patient (12).

Cette obligation de prêter ses soins n'est d'ailleurs pas abstraite, immuable. Selon que l'on recourt à un spécialiste ou à un simple homme de l'art (13), à un

(10) Un arrêt de la Cour de Riom, 5 février 1929 : Gaz. Pal. 1929, 1, 649, infirmant, Civ. Moulins, 14 novembre 1926, mérite d'être cité. « Si l'homme de l'art peut être considéré comme responsable de l'emploi des moyens, procédés, appareils, insuffisants, ou vicieux, il ne saurait l'être du résultat dans lequel entrent des éléments complexes tels que l'âge, la constitution du malade, son hérédité, ses habitudes... »

(11) Sur ce problème, V. R. Garraud et Laborde-Lacoste, article précité, *passim*. — E. H. Perreau, Jur. Médicale, p. 272. — Liège, 30 juillet 1890. — Alger, 17 mars 1894 : S. 1895, 2, 237. — Cour Sup. Québec, 14 mars 1930 : Rev. Trim. 1930 - Jurisprudence des Cours du Canada. — Civ. Bruxelles, 31 mai 1929 : V. c. Docteur L., Rev. Gén. Ass. et Resp. 1929, 489.

(12) Cette idée est nettement affirmée dans Civ. Bruxelles, 31 mai 1929, précité.

(13) Civ. Lyon, 10 novembre 1923 : Gaz. Trib., 30 décembre 1923 - Rec. Gaz. Trib. 1924, 2, 135 - La loi, 23 décembre 1923.

médecin de ville ou de campagne, au médecin traitant ou au consultant, le degré de soins que l'on attend de chacun se trouve de ce fait même modifié.

Du fait qu'un contrat est intervenu vont découler plusieurs conséquences. La responsabilité contractuelle se trouve tout d'abord mise en jeu quand le médecin s'abstient de donner ses soins à un malade à qui il les avait promis (14). Une seule preuve doit être apportée par le demandeur : la démonstration du préjudice, c'est-à-dire de l'aggravation de l'état du malade.

La situation est au contraire plus délicate quand le fait reproché au médecin provient de la mauvaise exécution du contrat. Le malade doit prouver que le degré de diligence attendue n'a pas été presté, — en se plaçant de deux points de vue différents : objectivement en considérant les connaissances que doit avoir tout homme de l'art, — et, subjectivement, du point de vue des soins particuliers attendus du praticien choisi. Il n'en reste pas moins que l'action est de nature contractuelle, puisqu'elle sanctionne l'inexécution des obligations imposées par le contrat. Or, quand il s'agit de l'action intentée par le médecin en paiement de ses honoraires, personne ne doute que cette action ne soit de nature contractuelle (15). Le fondement ne pourrait en être cherché (en dehors de cette idée) que dans le recours à la gestion d'affaires ou à l'enrichissement sans cause — et l'organisation technique de ces actions, autant que la jurisprudence, conduit à écarter cette solu-

(14) Pau, 30 décembre 1913 : D. P. 1915, 2, 49. — Planiol, Ripert, Esmein, *Tr. Prat.*, t. VI, p. 524, p. 718.

(15) L'action de gestion d'affaires suppose que l'action a été utile : le médecin se trouverait sans droit si le malade n'a tiré aucun profit des soins donnés. De même, l'action d'enrichissement sans cause rencontrerait des objections : l'appauvrissement du médecin, l'enrichissement du client seraient deux conditions empêchant une indemnisation complète.

tion. La nature délictuelle de la responsabilité au cas de chirurgie esthétique confirme par le fait même qu'il s'agit d'une exception la nature contractuelle de la responsabilité médicale. Dans ce cas, en effet, le contrat est entaché, au regard de la jurisprudence, d'une cause illicite (16), et il est de principe que la responsabilité est délictuelle au cas de contrat nul (17).

On peut encore poser d'une manière générale que la jurisprudence ne relève pas fréquemment l'art. 1382 C. civ. au cas de fautes commises dans l'exercice de la profession médicale, et qu'elle ne semble pas affirmer à ce propos les conséquences particulières que l'on reconnaît à l'action délictuelle, à moins que l'on ne se trouve véritablement en dehors du domaine de la responsabilité médicale ou que l'action en responsabilité soit intentée par un tiers, par les ayants droit de la victime, par exemple, l'application de l'art. 1382 recouvrant alors sa raison d'être.

Il est dès lors assez étrange de voir reconnaître à la responsabilité médicale un fondement délictuel et de noter combien sont rares les auteurs qui admettent le caractère contractuel de cette responsabilité (18). La

(16) Lyon, 27 juin 1913 : D. P. 1914, 2, 73, note de M. H. Lalou.

Le raisonnement est aussi juste si l'on admet avec la Cour de Paris que l'opération de chirurgie esthétique n'est pas radicalement nulle mais que le médecin est responsable s'il ne prévient pas le patient des risques qu'il peut courir : l'opération faite ainsi irrégulièrement entraîne la responsabilité délictuelle de l'auteur.

(17) V. Mazeaud : Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Rev. Trim. 1929.

(18) R. Demogue, Tr. Oblig., V, n. 539. — L. Denisse, note D. P. 1920, 1, 30. — Lalou, Gaz. Trib., 2 novembre 1919, présentant d'ailleurs une certaine contradiction, en ce qu'après avoir imposé tout d'abord au médecin la preuve de son absence de faute, il est ensuite obligé de reconnaître que le médecin ne s'engage qu'à donner ses soins, et non à guérir, et qu'il faut par conséquent un fait contraire à la diligence pour qu'on puisse l'attaquer. L'idée est reprise en ter-

grande majorité de la doctrine professe l'opinion contraire. La confusion entre la faute contractuelle prouvée et la faute délictuelle semble être à l'origine de cette conception. Mais une autre considération semble avoir été décisive. La faute commise au cours du traitement peut être dépourvue de caractère scientifique et due à un particulier elle entraînerait sa responsabilité délictuelle : pourquoi en serait-il autrement dans l'exercice de la médecine (?) (19). Le problème que l'on soulève alors n'est autre que celui du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, qui méritera ultérieurement un examen approfondi. Il suffit de noter temporairement que si cette théorie est admise, il convient de l'appliquer chaque fois qu'une faute est prouvée contre un débiteur, que toute responsabilité con-

mes différents *in* Responsabilité civile, n. 167 — dans lequel la responsabilité du bon père de famille (1137) est considérée comme le type de la responsabilité médicale. — V. Sentence arbitrale, 10 octobre 1927, note V. L., Rev. Gén. Ass. et Resp. 1928, 291 (reconnaisant le caractère contractuel de la responsabilité). M. Jossierand y paraît assez favorable, note D. P. 1929, 2, 17. — M. Esmein *in* Planiol et Ripert, Traité Pratique, t. VI, après avoir implicitement admis (n. 377) le caractère contractuel de la responsabilité médicale, dans laquelle il voit l'un des cas où un débiteur ne s'engage pas à réaliser un certain résultat mais seulement à effectuer un certain travail tendant à l'obtenir, étudie néanmoins (n. 524 à 528, p. 717 à 722) la responsabilité des médecins sous le titre « de la responsabilité du fait personnel en matière délictuelle. » — V. en faveur du caractère délictuel de la responsabilité, Aubry et Rau, t. V, § 446, 5^e éd., p. 372. — Gabba, *Nuove questioni*, I, 290 (cité par M. Demogue, V, 542), qui estime que dans les contrats visant les services d'une personne experte, l'obligation n'est pas, à proprement parler, contractuelle, car le contrat donne simplement le droit d'employer son activité d'une certaine manière.

(19) Civ. Lyon, 3 janvier 1930 : Gaz. Pal. 1930, 2, 56. — Civ. Le Havre, 22 mars 1924 : Gaz. Trib., 9 septembre 1924 - Gaz. Trib. 1925, 2, 11, qui se contente de relever la faute ordinaire de négligence commise par le médecin. — Ap. Paris, 6 février 1930 : Gaz. Trib., 24 avril 1930 - Rec. Gaz. Trib. 1930, 2, 327 - Gaz. Pal. Som., 1, 84.

tractuelle se double éventuellement d'une responsabilité délictuelle, et qu'attribuer ce dernier caractère à la responsabilité médicale ne lui conférerait aucune originalité particulière.

57. — Du fait que la responsabilité découle du contrat, il en résulte, quant à la compétence, à la prescription de l'action, aux dommages-intérêts, des conséquences certaines. Il ne faudrait, par contre, pas en déduire que le médecin pourrait s'exonérer de sa faute en alléguant la proposition courante : que l'exonération de la responsabilité contractuelle est licite et que seule est nulle la clause de non-responsabilité en matière délictuelle. La jurisprudence sur les clauses de non-responsabilité ne peut s'expliquer par une opposition aussi simple. Même dans le domaine contractuel la clause peut être prohibée. Les mêmes théories, les mêmes conséquences devraient être reprises à l'occasion de l'exercice de diverses activités professionnelles qui n'obligent leurs auteurs qu'à donner leurs soins pour l'exécution de l'obligation : il en est ainsi pour l'avocat, le professeur. Malgré tout leur talent ils ne peuvent répondre du succès d'un procès, de l'instruction de l'élève. Dans tous ces cas, la faute contractuelle doit être prouvée et l'on pourrait en donner d'autres exemples, car souvent en droit le créancier d'une obligation a une preuve à fournir (1). Ce fait n'a pas été suffisamment remarqué : il explique cependant tant les difficultés relatives à certains types de responsabilité que l'interprétation inexacte faite de la jurisprudence sur le renversement de la preuve en matière de clauses de non-responsabilité, où l'obligation du créancier de prouver la faute a été considérée comme caractéristique de la mise en jeu d'une responsabilité délictuelle. Réserve faite de cer-

(57 - 1) V. *supra* n. 54, note 1.

taines complications sur lesquelles quelques détails doivent être donnés, les deux catégories d'obligations s'opposent ainsi nettement.

58. — Il faut en effet reconnaître la difficulté que l'on éprouve parfois à distinguer la responsabilité contractuelle pour inexécution d'une obligation de moyen de la responsabilité délictuelle.

Pour qu'il y ait obligation de moyen, il faut qu'il y ait obligation assumée par le contrat : en dehors, la responsabilité délictuelle est seule compétente. Or, la détermination par la jurisprudence du contenu du contrat est des plus incertaines, et l'on se rappelle les difficultés qui furent examinées plus haut relativement à divers types de contrats. Dire, par exemple, que le patron est tenu d'une obligation, fût-elle de moyen, dans le contrat de travail est certainement inexact (1). L'objet de ce contrat est de la part du patron de payer l'ouvrier, — de la part de celui-ci de fournir le travail promis. Aucune obligation de sécurité ne s'y trouve incluse, quelle que soit la voie par laquelle on tente de la faire admettre.

Il est dans bien des cas extrêmement difficile de savoir — et il faut voir là l'origine de certaines confusions — si la preuve est mise à la charge du créancier parce que l'obligation de son débiteur est d'un type particulier ou s'il y a obligation délictuelle. Entre les deux systèmes de la responsabilité de plein droit du débiteur (art. 1147 C. civ.) et sa responsabilité au cas de

(58-1) V. cependant pour cette analyse, M. R. Demogue, *Tr. Oblig.*, V, 540. — Saintelette, *Responsabilité et garantie*, p. 152 et s. Les accidents du travail, *Rev. Int.* 1890, p. 47.

L'obligation de moyen eût-elle été reconnue, il eût été inexact d'imposer au patron la preuve de son absence de faute, V. pourtant M. Sauzet, *Responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers* : *Rev. Crit.*, 1883, p. 615 et s.

faute prouvée (art. 1382 C. civ.), il y a une gradation insensible et très fine qui rend souvent l'analyse juridique des plus délicates. Il existe, à propos du dépôt d'hôtellerie, une disposition assez curieuse (art. 1953, 2^e al., modifié par la loi du 18 avril 1889) qui limite à 1.000 fr. la responsabilité de l'hôtelier pour les espèces monnayées et diverses valeurs, si elles n'ont pas été déposées (2). Toutefois, même au cas d'absence de dépôt, la jurisprudence reconnaît que la démonstration par le client de la faute de l'hôtelier fait tomber cette limitation de responsabilité (3). Faut-il voir dans cette solution une conséquence de la mise en jeu de l'art. 1382 C. civ.? (4), ou doit-on décider que l'hôtelier tenu jusqu'à la somme de 1.000 francs d'une obligation de résultat, est ensuite responsable de l'inexécution d'une obligation de moyen? (5). L'intérêt de la distinction apparaît notamment pour les dommages imprévisibles :

(2) Sur cette disposition cf. Aubry et Rau, t. VI, § 406, 5^e éd., p. 143. — Crouzel, Rec. Acad. Lég. Toulouse, 1928-29, p. 54, qui y voit une responsabilité contractuelle. — Colin et Capitant, t. II, 657. — L. Josserand, Dr. civ., t. II. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 494, p. 687, p. 4. — Bernis, Le dépôt d'hôtellerie, Th. Bordeaux, 1930 (La loi du 8 avril 1911 et la responsabilité délictuelle de l'hôtelier) : V. p. 138 et s., les propositions de réforme.

(3) Req., 30 mars 1909 : S. 1910, 1, 38 - Rev. Trim. 1909, 707. — *Id.*, 8 mars 1926 : D. H. 1926, 203 - D. P. 1926, 1, 203 - Gaz. Pal. 1926, 1, 536. — *Id.*, 28 décembre 1928 : D. H. 1929, 17 - Gaz. Pal., 17 janvier 1929, rejetant le pourvoi contre Colmar, 9 novembre 1927 : Rev. Trim. 1928, 663. — Aix, 11 mai 1908 : S. 1908, 2, 191. — Civ. Nice, 8 mai 1922 : Gaz. Trib. 1922, 2, 377 - Rev. Trim. 1922, 914. — Seine, 4 janvier 1930 : Gaz. Pal. 1930, 1, 536.

(4) Et Martin, notes sous la 5^e éd. d'Aubry et Rau, t. VI, § 406. — CONTRA : M. Hugueney, note S. 1925, 2, 25, sous Poitiers, 14 janvier 1925, M. Demogue, notes à la Rev. Trim. 1926 (p. 914), 1924 (p. 1047), 1926 (p. 425), 1928 (p. 495). — V. également Rev. Trim. 1929, 151, la note sous Bordeaux, 18 juin 1928 (D. H. 1928, 517). — Crouzel, Rev. Ac. Lég. Toulouse 1928-1929, p. 54.

(5) R. Demogue, Rev. Trim. 1926, 425.

l'hôtelier devrait en répondre dans le premier cas, il en est dispensé dans le second (6).

La jurisprudence déclare de façon très ferme la responsabilité de l'hôtelier sur le plan de l'art. 1382. Cette solution s'explique-t-elle par le cumul des responsabilités? Cette question sera ultérieurement résolue, mais il faut encore noter ici que la jurisprudence, au cas de limitation conventionnelle de responsabilité, refuse le droit pour le créancier d'obtenir une réparation complète en démontrant la faute du débiteur. La jurisprudence comporte donc quelque énigme qui n'a pas été suffisamment remarquée, mais qu'il faudra pénétrer plus loin.

De même, on peut se demander, lorsque l'on analyse la jurisprudence rendue avant la loi Rabier, à l'occasion du contrat de transport terrestre, sur le renversement de la charge de la preuve, si les clauses de non-responsabilité n'avaient pas eu pour effet de substituer à une obligation de résultat une obligation de moyen (7). Cette interprétation, qui paraît au premier abord séduisante et plus heureuse que celle qui explique la preuve imposée au créancier par le maintien de la responsabilité délictuelle, se heurte à toute la structure du contrat de transport : l'indication des délais d'arrivée pour les marchandises comme pour les voyageurs, l'obligation de remise de la chose, l'obligation de sécurité reconnue par la jurisprudence à l'égard de la chose ou de la personne transportée. La solution admise par la Cour de cassation, si elle n'est pas purement arbitraire, doit s'expliquer par d'autres considérations (8).

(6) R. Demogne, *Rev. Trim.* 1922, 914.

(7) V. *infra* la thèse de M. Aubin, n. 147.

(8) La question est particulièrement intéressante pour les clauses relatives au retard, insérées par les Compagnies de chemins de fer lors de la délivrance des cartes d'abonnement. — V. L. Josserand, *Transport*, n. 861, 2^e éd., p. 888. — Bourcart, note S. 1908, 2, 149 — Lyon.

59. — Enfin, il est encore possible de concevoir des difficultés tenant à la combinaison de l'obligation de résultat et de l'obligation de moyens. Le transporteur maritime responsable de plein droit de l'inexécution du transport peut, aux termes des conventions de Bruxelles, s'exonérer des conséquences du mauvais état de na-

Caen et Renault, III, n. 627. — Roger : Manuel des transports, I, n. 192, 226. — Wahl, Dr. Com., n. 1295.

Le voyageur qui justifie d'un préjudice peut demander réparation à la compagnie de ce retard dans la mesure du préjudice. Si le retard n'est pas toujours source de responsabilité (Civ., 26 octobre 1904 : Bull. Tr., 1^{er} décembre 1904), il peut le devenir (Com. Seine, 20 juillet 1926 : Bull. Tr. 1928, 83). — On comprend alors l'utilité de la clause « Le titulaire de la carte n'a droit à aucune indemnité pour arrêt, défaut de place, retard à moins que, en raison de leur importance ou de leur fréquence non justifiée par un cas de force majeure ou par les nécessités de service de l'exploitation ils ne constituent une faute lourde (Tarif G. V., t. I, n. 101, titre II).

Cette formule présente ce caractère très curieux que l'on ne retrouve en pratique que dans les clauses insérées par les agences de renseignements, de ne pas indiquer seulement l'exonération de responsabilité, mais aussi de préciser et de définir la gravité de la faute nécessaire pour mettre en jeu la responsabilité de la Compagnie. Pour être comprise cette formule doit être rapprochée de celle qui l'avait précédée et qui stipulait simplement l'exonération du transporteur. Une partie de la jurisprudence lui faisait produire l'effet exonératoire dans la mesure de la faute légère (Com. Fécamp, 28 octobre 1906 : S. et P. 1908, 2, 125. — Toulouse, 8 avril 1908, Bouffet : S. 1908, 2, 144. — Com. St-Gaudens, 26 mars 1909 : S. et P. 1909, 2, 124. — Toulouse, 29 juin 1910 : S. et P. 1910, 2, 280). Mais la Cour de cassation (Civ., 7 janvier 1918. — Req., 18 février 1919 : S. 1920, 1, 127, 2^e espèce. — Ferrière, Bull. An. 1918, 2, 326. — Cass., 12 juin 1929 : Bull. Tr. 1929, 140), qu'avait déjà procédé en ce sens certains tribunaux (Com. Rouen, 27 février 1907, Daubouin. — Com. Gournay-en-Bray, 3 mai 1907, Lalouette. — Caen, 5 juin 1907 : S. 1908, 2, 125 - D. P. 1909, 2, 124) décida que la preuve d'une faute quelconque détruisait l'exonération conventionnelle. La modification dans la rédaction de la clause a eu pour but de revenir à l'ancienne jurisprudence, mais sans doute inutilement.

vigabilité du navire (art. 4, § 1), à condition de prouver qu'il a exercé une diligence raisonnable avant ou au début du voyage. Il y a dans cette reproduction de la clause de due diligence une compénétration des deux types d'obligations.

60. — Ces incertitudes amènent naturellement à tenter de donner une formule générale qui permette de circonscrire le domaine de l'obligation de moyen. M. Demogue semble la trouver dans l'opposition des conditions du professionnel qui exerce une profession libérale et de l'homme qui a un métier (1). Le premier n'est tenu que d'une obligation de moyen, le second d'une obligation de résultat. Cette idée n'est satisfaisante qu'à condition de la laisser dans une certaine généralité.

En pratique, il n'est pas difficile de trouver des obligations de résultat pesant sur des professionnels, des obligations de moyen prises par des individus quelconques. Un débiteur a toujours en principe le droit de déclarer qu'il n'entend pas promettre un résultat mais faire tous ses efforts pour l'obtenir (2). Si la volonté des parties est clairement exprimée, il suffit de s'en tenir au contrat, — dans les autres cas, l'interprétation en doit être faite en partant de l'art. 1165 C. civ., qui détermine les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Il en est ainsi quand il apparaît manifestement impossible que le débiteur puisse promettre un résultat, soit que les forces de la nature

(60-1) R. Demogue, *Tr. oblig.*, V° 544. — V. Lefebvre, art. *Rev. crit.* 1886, 490-519, qui ramène la distinction au point de savoir si on a ou non la possession de la chose. Mais on peut trouver des hypothèses d'obligation de moyen même lorsque le débiteur a la possession de la chose.

(2) V. le règlement du contrat d'exposition intervenue dans l'affaire *Ville de Montpellier*, Cass. 1901, 1, 401, note de M. E.-H. Perreau.

paraissent le déterminer plus que le travail du débiteur (guérison du malade), soit que le résultat dépende de la volonté d'un tiers (procès judiciaire) et que le débiteur s'engage seulement à faire son possible pour déterminer ce tiers à faire un acte. Il y a une analogie entre ce type de convention et la promesse de portefort qui, bien que plus brutale et générale, rappelle l'obligation de moyen quand le créancier reproche au promettant de ne pas avoir fait tout son possible pour déterminer le tiers à effectuer l'acte promis.

61. — Etant donné la distinction des obligations de résultat et de moyen, le problème se pose de savoir dans quelle mesure la volonté des parties peut substituer l'une à l'autre afin de réaliser l'irresponsabilité du débiteur, dans quelle mesure il est possible de déterminer l'étendue des soins qu'il donnera à l'exécution de son obligation.

Cette détermination de la diligence imposée à un contractant est faite dans l'art. 1137 C. civ. Longtemps on n'a vu dans cette disposition, qu'une règle relative à la gravité de la faute exigée pour que soit mise en jeu la responsabilité contractuelle, faute variable selon les contrats, mais qui serait toujours d'une certaine importance, alors que l'imprudence la plus légère suffirait à engager la responsabilité délictuelle : *In lege Aquilia levissima culpa venit*. Si la Cour de cassation reproduit encore cette analyse (1), la plus grande partie de la doc-

(61-1) Req., 21 janvier 1890 : S. 90, 1, 408. — Civ., 11 janvier 1922 : D. P. 1922, 1, 16 - S. 1924, 1, 105. — « Attendu que c'est seulement en matière de délit ou de quasi-délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage provenant de son fait. » Cependant, on peut se demander si l'art. 1137, tout en visant principalement la détermination de l'étendue des obligations du débiteur, ne recrée pas indirectement le principe de la gradation des fautes.

trine ne doute pas que ce texte et ceux qu'il annonce ne soient étrangers à la faute contractuelle (2). Ils règlent principalement la détermination du contenu du contrat et l'étendue des soins promis par le débiteur.

La règle de l'art. 1137 n'a aucun caractère impératif. Cet article prévoit des dérogations bien connues à la règle qu'il pose, les unes qui aggravent la responsabilité du débiteur et dont l'examen est de ce fait même écarté, les autres qui l'atténuent : il en est ainsi au cas de dépôt ou de mandat gratuit. La liberté des contractants doit d'ailleurs être généralisée, mais deux problèmes apparaissent alors : la volonté des contractants ne peut-elle être implicite ? Si elle est expresse, n'est-il pas des limites que l'on doit assigner à ce travail de destruction du lien obligatoire ?

62. — Préablement à la solution de ces questions, une précision doit être encore apportée pour circonscrire la difficulté. Aucune confusion ne doit être faite entre les clauses par lesquelles le débiteur restreint par voie contractuelle la diligence qui pèserait sur lui, et celles qui constitueraient au sens étroit une clause de non-responsabilité (1). Dans la mesure où il a exécuté son obligation, le débiteur est exonéré de toute responsabilité contractuelle et même, d'après la jurisprudence, de toute responsabilité délictuelle. Au contraire, la clause de non-responsabilité a pour effet, bien que la responsabilité contractuelle soit née, d'en décliner les conséquences.

(2) Planiol, II, n. 884. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 489, p. 674. — Colin et Capitant, II, p. 8. — Huc, t. X, p. 561. — Mazeaud, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, *op. cit.*, n. 10.

(62-1) Cf. sur cette question qui a été parfaitement dégagée et traitée par M. A. Mazeaud (Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : Rev. Trim., 1929, n. 82 et 92, note 4 et les auteurs cités, *supra*, n. 4, note 2).

ces. D'un autre point de vue, l'opposition subsiste. Dans la clause d'exonération, le débiteur reste tenu de toutes ses obligations : il est tenu d'une grande diligence. La clause de limitation l'en dispense. Il en résulte que si volontairement le débiteur s'abstient de prendre une mesure tendant à la conservation de la chose, il est ou non responsable selon les hypothèses. Si la clause a eu pour but de le dispenser de ce soin il excipe à bon droit du contrat, — sinon il commet par sa faute intentionnelle un dol qui fait disparaître l'effet de la clause d'exonération.

Bien que la différence des deux séries de conventions puisse en pratique soulever des difficultés, il n'en reste pas moins qu'elles appartiennent à des catégories juridiques distinctes, et doivent être soumises à des régimes différents. La remarque vaut d'être faite, parce que les auteurs qui doivent reconnaître la licéité des clauses déterminant l'étendue des obligations, analysent souvent de la même façon les clauses de non-responsabilité (2). Les articles 1137 et s. C. civ. sont radicalement étrangers à ce dernier problème.

63. — Cette complication éliminée, il est dès lors possible de revenir à l'objet essentiel de la présente étude : la détermination des cas dans lesquels le débiteur ne promet qu'une diligence diminuée.

(2) V. par exemple R. Grandmoulin, *Th.*, cit., p. 68 et la critique très juste de MM. Meigné, *op. cit.*, p. 81; Cluzel (*Essai sur les clauses d'irresponsabilité*, *Th.* Paris 1913, 45), dans son introduction remarque qu'il existe des conventions distinctes des clauses d'exonération et qui sont celles par lesquelles un débiteur cherche « à restreindre l'étendue des obligations qu'il crée ou auxquelles il s'assujettit, soit qu'il ne promette pas la garantie des vices de la chose vendue, soit qu'il ne s'engage à veiller à la conservation de la chose d'autrui qu'en y apportant des soins moins rigoureux que ceux imposés par l'article 1137. »

Il peut en effet en être ainsi de manière implicite, et par interprétation de la volonté des parties le Code civil prévoit qu'au cas de dépôt ou de mandat gratuit, le débiteur n'est tenu que de la diligence qu'il montre dans ses propres affaires. Ne doit-on pas généraliser cette solution chaque fois qu'une personne rend à une autre un service gratuit?

La première difficulté soulevée par ce problème tient à la détermination de la notion de gratuité étudiée par M. Esmein de la façon la plus intéressante lors de son examen de la théorie de la responsabilité du transporteur bénévole (1). Malgré la simplicité apparente de la question, il est en effet assez difficile de savoir au juste quand un service est rendu gratuitement.

La question est déjà délicate quand le dommage se produit à l'occasion d'un contrat, et entre contractants ou futurs contractants. Très fréquemment l'un d'eux profite d'un service qui lui est rendu gratuitement, sans qu'il y ait pourtant mobile désintéressé de la part de l'autre partie. Ainsi, un vendeur d'automobiles invite un acheteur éventuel à prendre place dans la voiture (2), le représentant d'une maison de commerce transporte une personne ou un objet dans l'espoir qu'une commande lui sera faite (3), un impresario conduit un artiste au lieu où doit être représenté le spectacle, tourné un film. Peut-on dans tous ces cas parler de service gratuit? (4). Le mobile intéressé ne détruit-il pas l'idée de bienfaisance? Ce n'est certainement pas sur ce plan qu'il convient de se placer. Seule importe

(63-1) P. Esmein, note : S. 1929, 1, 249. — Traité pratique Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, p. 847, note 3.

(2) Civ., 7 janvier 1929 : S. 1929, 1, 249.

(3) Civ. Laval, 23 octobre 1930, Bigot : G. Pal., 1930, 2, 606.

(4) Paris, 24 juillet 1929 : G. Pal., 1929, 2, 632.

l'existence d'une rémunération stipulée précisément pour le service rendu ou « fixée en vertu de conventions ayant un caractère général et réglant l'ensemble des rapports pécuniaires des contractants » (5). Il suffit donc de rechercher si l'acte prétendu bienfaisant est ou non imposé par un contrat ou par des dispositions impératives. On est ainsi fondé à reconnaître, que surviennent au cours d'un transport bénévole, dans les hypothèses précédentes, les accidents causés au cours d'un essai automobile, à l'acheteur transporté par le représentant, au médecin appelé au chevet d'un malade et conduit par la personne qui l'a prévenu. Au contraire, le déplacement de l'artiste rentrera vraisemblablement, et à moins de convention contraire, dans les obligations de celui qui l'emploie. Il en est certainement ainsi pour le transport par chemin de fer des femmes de leurs employés (6), des enfants de moins de sept ans ou des soldats permissionnaires.

La situation est plus complexe quand il s'agit d'individus apparemment étrangers à toute relation contractuelle, mais qui profitent de la convention intervenue entre deux contractants, et par laquelle ceux-ci ont imposé au débiteur de prêter gratuitement un service à un tiers. Tel est le cas du visiteur entrant dans un immeuble et utilisant l'ascenseur mis à sa disposition. Il y a stipulation pour autrui et exercice d'un droit contractuel en ce cas. Ainsi que l'écrit M. Esmein, c'est évidemment du côté de celui dont la responsabilité est en jeu qu'il faut se placer pour apprécier si le service est ou non gratuit. S'il le rend à prix d'argent, peu importe qu'il ne soit pas payé par la victime (7). Du moment

(5) P. Esmein, note : D. P. 1929, 1, 249, § II *in fine*.

(6) P. Esmein, note précitée, et Agen, 20 novembre 1928 : *Sem. Jur.*, 1929, 213.

(7) P. Esmein, note précitée.

qu'il l'est, la raison manque qui justifie l'exonération de la responsabilité.

Ainsi, en fait, sans tenir compte de tous les éléments de la gratuité ni de l'intention bienfaisante, une seule idée est décisive : la dépendance par rapport à un contrat de l'acte prétendu à titre gratuit ; l'acte ne présente ce caractère que s'il ne peut être rattaché en aucune manière à l'exécution d'un contrat à titre onéreux.

A supposer que le service du débiteur soit gratuit, l'atténuation de responsabilité en est-elle la conséquence normale ? Nombre d'auteurs l'admettent ; il semble pourtant qu'une discrimination doit être faite.

La rémunération du service rendu apparaît parfois en droit, comme un élément essentiel pour la formation du contrat : sa disposition entraîne celle de l'obligation contractuelle. C'est ainsi que le louage de services, d'après les dispositions de l'article 1710 C. civ., présente un caractère nécessairement onéreux ; il a donc été impossible de considérer comme contrat du type de ceux que réglementent les articles 1779 et ss. C. civ. tous les cas de transport gratuit (8). Tout au plus dans ces hypothèses la convention des parties pourrait-elle créer un véritable contrat qui constituerait une convention innommée, si l'on pouvait trouver de la part du prétendu débiteur l'intention de s'obliger qui manque le plus souvent en fait (9). L'absence de rémunération va

(8 et 9) V. sur l'un et l'autre point : L. Josserand, Le transporteur bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles : D. H. 1926, 21 et note - D. P. 1927, 1, 137. — Mazeaud, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, n. 15. — Esmein, note : S. 1926. 1, 249. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 622, p. 847. — Rustaert, Fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle, p. 248 et ss. — De Harven, De la responsabilité du transporteur bénévole : Rev. gén. ass. et resp., 1928, 201. — Jacquemet : Rev. gén. ass. et resp., 1928, 264. — Savatier, note : D. P. 1925, 2, 44 - D. P. 1928, 1, 153. — Ricol, note : D. P. 1926, 2, 121. — Vié, Th. Lyon 1929.

donc, généralement, de pair avec l'existence d'une situation délictuelle et avec l'impossibilité d'appliquer en faveur de l'auteur du dommage les règles posées par les articles relatifs au mandat et au dépôt. Ces textes, une fois de plus, n'édicte pas une atténuation de responsabilité au profit d'un individu, elles marquent la limitation préexistante par le débiteur de l'étendue de ses obligations. Il semble donc impossible de se rallier à la doctrine qui essaie de tempérer par cette voie la responsabilité du transporteur à titre gratuit (10), pas plus qu'on ne peut admettre le procédé différent de l'acceptation des risques. La jurisprudence n'a d'ailleurs pas hésité, malgré la situation intéressante de la personne rendue responsable à l'occasion d'un accident survenu dans l'exercice d'une activité charitable, à reconnaître l'application rigoureuse à son égard des principes du droit, se bornant à les tempérer en fait, souvent mais non nécessairement, et à atténuer le montant des dommages-intérêts et à la rigueur de la condamnation pénale (11). De même elle rend responsable de sa seule faute légère le donneur de renseignements à titre gratuit, qui n'est pas engagé dans des liens contractuels et ne peut être condamné que sur le fondement de l'art. 1382 C. civ. (12). Solution d'autant plus remarquable qu'il existe, ou plus précisément qu'il a existé en jurisprudence, une tendance très nette à restreindre à leur faute lourde ou à leur dol la responsabilité des agences de renseignements.

(10) Esmein, notes : S. 1926, 1, 249 et 1929, 1, 249. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI n. 622 p. 847. — Rustaert, *op. cit.*, 265 et 266.

(11) Cor. Boulogne-sur-Mer, 12 mars 1930 : Gaz. Trib., 1930, 2, 318 - G. Pal. Som., 2, 85, et Douai, 26 juillet 1930 : G. Pal., 30, 2, 651.

(12) Req., 2 décembre 1930, Teissonnière : D. H. 1931, 18 - G. Trib. 1931, 1, 41.

Par contre, et quand on se trouve en présence d'un contrat dit de bienfaisance (avec les deux réserves que l'absence de prix ne soit pas destructive de l'existence d'un contrat déterminé, et qu'il y ait *animus negotii contrahendi*), l'application par analogie des articles 1927 et 1992 paraît tout à fait légitime (13).

64. — Ce sont ces mêmes articles qui permettent éga-

(13) Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 386, p. 538. — Aubry et Rau, t. V, § 308, note 28. — La théorie anglaise des rapports de complaisance est infiniment plus souple. Le droit anglais pose ainsi une triple distinction relativement aux dommages causés aux tiers dans l'exercice du droit de propriété. A l'égard des *trespassers*, de ceux qui se trouvent sans droit sur la terre, l'occupant n'est tenu d'aucun devoir, si ce n'est de ne pas les attirer, volontairement ou non, vers un lieu où il sait qu'un dommage peut leur être causé. A l'égard des « *licensees and visitors* » de ceux qui usent d'une permission expresse ou tacite et qui ont ainsi le droit de se trouver sur sa terre, l'occupant n'est pas responsable de tous les dommages qui peuvent leur advenir, ceux-ci ne devant s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils souffrent d'un préjudice qu'ils pouvaient prévoir : il ne leur doit réparation que des accidents imprévisibles (Gaudret v. Egerton, 1867 : L. R. C. P. 371, cité par Habsbury, V^o Occupier, p. 392) dans lequel l'accord d'une permission est considérée comme un don. Ce donataire n'étant pas responsable de l'insécurité de la chose, à moins qu'il n'ait connu le caractère dommageable et n'en ait pas prévenu. Enfin, envers ceux que le droit dénomme « *invitees* », ceux qui viennent à l'occasion d'une affaire qui intéresse l'occupant et sur son invitation, la responsabilité de ce dernier est plus étendue ; il est tenu de les garantir de tous les dangers plus ou moins cachés dont il peut avoir connaissance. « Il est curieux de voir transposée dans le droit anglais la notion romaine de la prestation des fautes en matière contractuelle (V. Habsbury's, Laws of England, V^o Occupiers. — Stephen's Commentaries, t. III, p. 500 et s.). »

Transposée dans le droit de la responsabilité pour accidents d'automobiles, cette théorie aboutit à des résultats différents de ceux de la Cour de cassation française, notamment pour la responsabilité à l'égard de l'acheteur éventuel blessé en cours d'essais (Civ., 7 jan-

lement de résoudre la seconde question posée par l'existence de l'obligation de moyens : la détermination des limites dans lesquelles un débiteur peut fixer l'étendue des soins promis — problème concevable d'ailleurs aussi bien pour une convention expresse que pour une convention implicite, et qu'il s'agisse d'un acte à titre onéreux ou à titre gratuit. Un ouvrier spécialisé dans des travaux délicats et à qui l'on apporte un travail banal à exécuter peut parfaitement indiquer que, vu le peu d'intérêt que présente pour lui cette tâche, il veut bien l'accepter, mais ne pas y donner tous ses soins. Cette stipulation peut être insérée non seulement pour son propre travail, mais encore pour celui de ses employés. Deux restrictions doivent pourtant être posées : la liberté contractuelle se heurte à la double limite de ne pas donner à l'exécution de l'obligation des soins moindres qu'à ses propres affaires et de ne pas commettre de fautes lourdes.

La seconde de ces réserves à elle seule paraît en effet insuffisante. Le législateur reconnaît lui-même, pour le dépôt, que la responsabilité est limitée à la diligence du débiteur *in bonis suis*. Si l'objet déposé est remis à un homme d'une imprudence, d'une négligence extrêmes, s'il est prouvé que la faute commise est lourde, mais que dans l'administration de son propre patrimoine le dépositaire agit de même, l'exonération de sa

vier 1929 : S. 1929, 1, 249). Sur la responsabilité du transport bénévole (V. Sur sa qualité de carrier : Halsbury's Laws of England, IV, p. 2. — Sur sa responsabilité particulière, Halsbury's : Laws of England, XXI, n. 722, et Supplément 1930, n. 722, 1748. — *Karravias v. Callinicos* (1917), W. N., 323, C. A. — *Pratt v. Patrick* (1924), 1 K. B., 488. — *Harris v. Perry* (1903), 2 K. B., 219. — V. pour les obligations au cas de dépôt gratuit *Stephen's Commentaries*, t. II, p. 219).

responsabilité semble certaine. A l'inverse, le fait de ne pas donner à la chose d'autrui les mêmes soins qu'à la sienne, implique une négligence extrême, presque délibérée, que ne peut se permettre le débiteur ; deux décisions italiennes ont formellement reconnu l'existence de ce dernier principe. Les deux restrictions doivent donc être combinées, mais elles s'imposent, car il est un minimum de diligence que l'on doit apporter dans l'exécution de l'obligation et au-dessous duquel il est impossible de descendre (1).

65. — Cette solution que l'on doit admettre d'une manière générale est d'ailleurs susceptible d'exceptions, et la loi impose à certains débiteurs des obligations impérieuses auxquelles ils ne peuvent se dérober. Il serait certainement illicite de voir un médecin, un notaire stipuler qu'ils ne donneront pas tous leurs soins à l'exécution de leurs obligations professionnelles. Aussi bien ne tentent-ils pas de s'affranchir par cette voie de leur responsabilité éventuelle (car une telle stipulation serait contraire à la confiance et à la bonne foi qui président à de telles relations) mais s'efforcent-ils d'y parvenir, soit en refusant délibérément d'assumer une obligation (le devoir de conseil des notaires, par exemple) (1), soit en essayant, par une convention simulée, de se ménager la preuve prétendue de l'exécution des charges qui leur incombent (2).

(64-1) Cass. Italie, 24 octobre 1924 : Dor. 10, 394. « Il faut distinguer la faute qu'on ne commettrait pas dans ses propres affaires et la faute que ne commet pas un bon administrateur-type. *La première de ces fautes est en réalité un dol* et on ne peut s'en exonérer par convention, tandis qu'on a le droit de stipuler qu'on usera de sa diligence habituelle qui peut être inférieure à celle d'un bon administrateur-type.

(1) V. *infra*, n. 93 et 115.

(2) V. *infra*, n. 83.

SECTION IV

DESTRUCTION RADICALE
D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE

66. Limitation normale de la destruction d'une obligation, aux obligations secondaires du contrat. — 67. Clauses niant l'existence d'un rapport contractuel. — 68. Clauses affectant une obligation accessoire d'une condition purement potestative. — 69. Clause de non-garantie d'éviction. — 70. Clause de non-garantie des vices cachés. Responsabilités particulières du vendeur constructeur et du vendeur professionnel.

66. — De progrès en progrès, le travail d'affaiblissement du lien obligatoire doit se poursuivre jusqu'à sa conséquence normale, la destruction de l'obligation elle-même. L'hypothèse ne présente aucun intérêt quand l'obligation assumée par le débiteur est unique. La détruire serait inconcevable, à moins que le débiteur n'y parvienne par la voie détournée de la condition purement potestative.

Au contraire, quand le contrat entraîne la création d'une série très riche d'obligations, le refus par le débiteur d'assumer l'une d'elles apparaît comme parfaitement concevable — et la multiplicité des obligations accessoires, jointes aux obligations principales, tant par interprétation de la volonté présumée des parties que par une analyse plus fouillée du contrat, incite les parties à en diminuer le nombre sans même tenter d'en modérer l'étendue. C'est dans cet acte, le plus grave que puissent se permettre les contractants, que se trouvent les diffi-

cultés dernières de la matière, d'autant que la volonté des parties se manifeste sous des aspects divers sous lesquels il est parfois difficile de la déceler.

67. — Fréquemment la suppression du lien obligatoire ou son absence ne sont pas franchement avouées et c'est sous la forme apparente d'une clause de non-responsabilité qu'elle se trouve en pratique.

Le règlement de la Chambre syndicale des entrepreneurs, généralement affiché dans les locaux d'embauchage, indique que l'employeur n'est pas responsable des objets laissés sur les chantiers. Cette stipulation, pour revêtir un sens plein, doit être rapprochée de la jurisprudence relative à la condition juridique des vêtements et outils laissés par les ouvriers dans les dépendances de l'exploitation de leur patron. Les tribunaux ont réglementé cette situation par la théorie du dépôt. Peut-on dégager la volonté du patron de s'obliger à la surveillance et à la restitution de la chose, (de circonstances de fait multiples (1), telles que l'amé-

(67-1) Il est impossible de préciser exactement ces conditions. Par exemple, l'aménagement d'un local ne suffit pas toujours à prouver l'existence d'un dépôt (Trib. Lyon, 11 mai 1900 : S. 1904, 2, 21), mais accompagné d'autres indices il permet de le reconnaître. Il faut que le débiteur ait vraiment la maîtrise de la chose : on refuse ainsi la qualité de dépositaire au patron (Civ., 2 juillet 1913, Halouzzée : S. 1914, 1, 316 - G. Pal. 1913, 2, 330 - Rev. Trim., 1913, 831. — Civ., 24 juillet 1923, Bonaventure : S. 1924, 1, 263. — D. P. 1923, 1, 141 - G. Pal., 1923, 2, 481 - Rec. Ass., 1924, 163 - Rev. Trim., 1924, 137 - Rev. Trim., 1924, 137) et plus curieux (Civ., 1 février 1924, Galbrun : S. 1925, 1, 47 - D. H. 1924, 182 - G. Pal., 1924, 1, 461 - Rev. Trim., 1924, 384), à l'entrepreneur de transports destinés à une cérémonie (V. Pour un mariage, Ap. Paris, 5 avril 1930 : Gaz. Pal., 1930, 2, 54) au propriétaire d'un restaurant pour les vêtements laissés à des porte-manteaux (Paris, 23 avril 1902 : D. P. 1903, 2, 323 - Rev. Trim., 1903, 907), au propriétaire d'un terrain pour les objets laissés par un entrepreneur (Com. Nantes, 21 juin 1923 : Rec. Nantes, 1923, 1, 258). Mais au contraire, la qualité

nagement d'un emplacement, l'exercice d'une surveillance) ? l'existence d'un dépôt est prouvée (2). Dans les autres cas, aucun lien contractuel n'existe.

Quelle peut être, dans ces conditions, la valeur d'une stipulation du genre de la précédente et dont on peut trouver d'autres types en pratique, ne serait-ce que dans les pancartes apposées par les casinos et établissements thermaux pour décliner la responsabilité des automobiles garées... par les hôteliers pour les bagages de l'hôte ou les chevaux déposés (3), et plus généralement dans tous les cas où un contrat de dépôt peut se greffer sur un contrat principal ?

Il semble que la clause doit produire un premier effet. Indépendamment de toute acceptation et même de toute connaissance de cette clause, elle constitue une présomption de fait dont le juge doit tenir compte pour refuser d'admettre l'existence d'un contrat accessoire, mais que d'autres circonstances peuvent démentir. La preuve de l'intention du déposant obéit aux règles générales : testimoniale, si l'on se trouve en matière com-

de dépositaire est reconnue pour la remise de vêtements dans un vestiaire (Civ., 7 février 1928 : S. 1928, 1, 197. — V. Pour un vol dans une baignoire de l'Opéra : Civ. Seine, 9 janvier 1923 : Gaz. Trib., 12 janvier 1923 : La Loi, 3 mars 1923; pour l'obligation de ranger une voiture à un emplacement réservé sur l'invitation des préposés d'une société thermale (Lyon, 24 février 1929, Société des Eaux Minérales de Charbonnières-les-Bains : S. 1929, 2, 95), pour un lieu de dépôt d'outils aménagé (Civ., 7 février 1928, Société des Forges et Aciéries de Marseille : S. 1928, 1, 197).

Il semble d'ailleurs qu'à la suite de l'arrêt (Civ., 9 décembre 1930 : D. H. 1931, 35, *supra*, n. 38, note 14), la responsabilité du patron sera désormais engagée, puisqu'il est tenu de prendre les dispositions nécessaires pour éviter le vol des effets de son ouvrier.

(2) V. les arrêts de la note précédente *in fine*. Toutes ces difficultés relèvent d'ailleurs de l'interprétation souveraine des juges du fond (Civ., 7 février 1928, précité).

(3) Mazeaud : S. 1928, 1, 145, *in fine*.

merciale (4), écrite pour un dépôt civil (5). En vain cherche-t-on à atténuer la rigueur de cette dernière exigence en alléguant l'existence d'un dépôt nécessaire. La Cour de cassation s'en tenant à la notion qu'en donne l'article 1949 C. civ., exige la démonstration d'un accident de force majeure (6).

Mais si la manifestation non équivoque d'un « *animus depositi contrahendi* » est relevée, la clause peut produire un effet exonératoire : elle doit alors être acceptée par l'autre partie (7) et se trouve soumise à la théorie générale des clauses d'exonération.

En principe, et à moins de manifestation de volonté contraire, la clause est inutile dans le contrat d'entreprise, auquel la jurisprudence n'adjoint pas un contrat annexe de dépôt (8). Elle présente au contraire un intérêt certain pour les dépôts dits d'hôtellerie ou d'automobiles dans lesquels une responsabilité contractuelle existe.

Cette première série de cas groupe ainsi les déclarations par lesquelles un individu marque qu'il n'est pas

(4) Civ., 24 décembre 1925, Galbrun précité. — Civ., 4 février 1924, Cazeaux : S. 1924, 1, 263.

(5) A moins que la valeur de l'objet déposé soit inférieure à 500 francs.

(6) Civ., 24 juillet 1923, Bonaventure, précité.

(7) Ainsi s'expliquent certains arrêts qui reconnaissent dans les hypothèses précédentes l'existence d'un contrat de dépôt. La clause n'ayant pas eu l'effet de détruire la volonté de s'obliger, vaut-elle alors comme clause d'exonération ? (Rouen, 4 février 1847 : S. 1848, 2, 452 - P. 1847, 1, 450 - Trib. sup. Cologne, 20 décembre 1897 : S. 1897, 4, 5. — Lyon, 24 janvier 1929 : S. 1929, 2, 95 - Mon. Jud. Lyon, 20 août 1929), pour une société d'eaux minérales déclinant la responsabilité des vols d'automobiles à l'emplacement aménagé : « Rien ne prouve », déclare l'arrêt, « que le déposant ait été appelé à prendre connaissance de l'avis exonératoire. »

(8) Du moins, jusqu'à l'arrêt précité (Civ., 9 décembre 1930, *supra*, note 2) qui impose le dépôt à titre d'obligation accessoire.

engagé contractuellement dans le lien de droit qui donne lieu au différend. La suite de cette étude montrera que des conventions inspirées du même esprit se retrouvent en matière délictuelle, mais, comme il est aisé de le pressentir, le rôle de la volonté y apparaîtra moins déterminant.

68. — Près de ce premier type de clauses, il faudrait encore placer les conventions par lesquelles un débiteur déclare qu'il refuse tous dommages-intérêts moratoires ou compensatoires pour quelque cause que ce soit. Interprétées strictement, ces clauses aboutissent dans certaines espèces à la reconnaissance d'une obligation sous condition potestative. Appliquées à un élément essentiel du contrat lui-même, elles le détruiraient, mais relatives à une obligation accessoire, elles auraient pour conséquence de la faire disparaître du contrat, ce qui légitime le rappel de cette convention dans la partie de cette étude consacrée à la destruction du lien obligatoire.

69. — Plus nettement d'ailleurs que par les deux méthodes précédentes, un débiteur peut s'affranchir d'une des obligations qui lui incombent. Le législateur le reconnaît expressément pour quelques obligations secondaires du contrat de vente : la garantie d'éviction et de servitudes cachées, la garantie des vices cachés (1).

L'obligation pour le vendeur de garantir à l'acquéreur la propriété du bien vendu peut être accrue, restreinte, ou détruite par les parties. Ainsi que le dit de

(69-1) Le terme de garantie ne devrait s'appliquer au sens strict qu'à la garantie d'éviction qui suppose seule l'obligation de prendre fait et cause d'une personne, sur une action intentée par elle ou sur une exception qu'elle oppose (V. Aubry et Rau, t. V, § 355 *bis*, note 1, 5^e éd., p. 104).

façon parfaite Pothier (2), « l'obligation de garantie est bien de la nature du contrat de vente, elle y est toujours sous-entendue, quoiqu'elle n'y soit pas exprimée mais quoiqu'elle soit de la nature de ce contrat, elle n'est pas de son essence. Il peut y avoir un contrat de vente sans obligation de garantie, et elle peut être exclue du contrat par une clause particulière » (3). L'article 1627 C. civ. reproduit en fait cette analyse, bien que la conception de la vente se soit modifiée depuis l'ancien droit: il laisse au vendeur toute liberté, si ce n'est de stipuler la licéité de son fait personnel.

Il ne sert de décrire ici les variétés que peut présenter cette clause dont la portée est plus ou moins étendue selon la volonté des parties; l'impossibilité du vendeur de s'affranchir de son fait personnel présente seule un intérêt parce que l'expression, malgré sa netteté apparente, ne laisse pas d'être ambiguë.

Le vendeur peut s'exonérer de son fait personnel antérieur à la vente en le déclarant à l'acquéreur. Ce dernier acquiert alors connaissance du danger d'éviction et ne peut plus demander à son auteur non seulement de dommages-intérêts, mais même aux termes de l'article 1629, la restitution du prix (4). Il est licite d'a-

(2) Pothier, t. III, n. 181, Ed. Bugnet, p. 77.

(3) V. pourtant les doutes exprimés par Laurent, t. XXIV, n. 209, et la contradiction qu'il prétend relever entre la clause de non-garantie et l'obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose. La loi du 3 août 1884 sur la garantie dans les ventes d'animaux a encore confirmé le caractère accessoire de l'obligation.

(4) Civ., 8 mars 1921 : D. P. 1921, 1, 150. — V. pour les hypothèses dans lesquelles fut relevé le fait personnel du vendeur (Civ., 7 janvier 1851 : S. 1851, 1, 106. — Civ., 21 mars 1853 - S. 1855, 1, 781) de son auteur : Req., 11 juin 1929 : G. Pal., 1929, 2, 416 - et Rev. Trim., 1929, 1, 104. — et les observations de M. Demogue, solution qui semble discutable. — Req., 19 décembre 1928 : S. Jur. 1929, 198 : Rev. Trim., 1929, 139), pour l'obligation de garantie dans la vente d'un fonds de commerce.

acheter à ses risques et périls. Dans ce cas, selon l'expression très exacte de Pothier, « il paraît que ce n'est pas tant la chose qu'il a vendue que la prétention incertaine qu'il avait sur cette chose. Cette vente ressemble à un coup de filet » (5). Elle présente un caractère aléatoire.

D'autre part, et s'il s'agit d'un fait postérieur à la vente, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent le droit de la part du vendeur de faire certains actes sur la chose vendue (6) à condition, d'une part, que les faits soient limitativement énumérés, et, d'autre part, qu'ils ne soient pas de nature à détruire le contrat de vente lui-même. Sous cette réserve qui demandera un examen plus approfondi, la faculté reconnue au vendeur se ramène à la possibilité de se constituer un droit : personnel contre l'acquéreur ou réel sur la chose d'autrui. Par là on touche à la création dans le contrat de vente, d'un usufruit ou d'une servitude (particulièrement s'il y a eu destination du père de famille). Seules sont donc prohibées les formules générales d'exonération des faits personnels, hors des limites qui viennent d'être décrites. Les conventions relatives à d'autres faits sont licites, mais elles doivent être formelles. Une clause de non-garantie de la contenance n'est d'aucun effet quant à l'éviction, non seulement parce que les clauses exorbitantes du droit commun doivent être interprétées restrictivement, mais parce qu'il y a entre les deux conventions une différence profonde de nature. Dans l'une, les parties consentent à ne pas tenir compte

(5) Pothier, t. III, Ed. Bugnet, n. 186, p. 78.

(6) Aubry et Rau, t. V, n. 355, 5^e éd., p. 97, note 45; Guillouard : *Tr. de la vente*, 1, 413. — Gény, note : P. fr., 1900, 1 241 sous *av.* 12 décembre 1899, Gouthière. — Req., 8 décembre 1880. — Fraisse : D. 1881, 1, 351 - S. 1882, 1, 297. — Dijon, 3 juillet 1869, Mauguin : D. 1869, 2, 38.

de la contenance dans la détermination des faits promis par le vendeur ; dans l'autre, une obligation accessoire de la vente est supprimée radicalement, indépendamment de toute qualité propre de la chose. Il en résulte une différence déjà aperçue : alors que la première clause permet au vendeur de conserver le prix fixé, quelle que soit la différence entre la contenance annoncée et celle qui existe en réalité, la clause de non garantie d'éviction impose en principe et à moins de convention spéciale, l'obligation de rendre le prix (art. 1629 C. civ.). Il en résulte par ailleurs que la réglementation de l'éviction est indépendante de celle de l'action ayant pour cause le défaut de contenance : on ne saurait jamais refuser l'action de l'article 1626 C. civ. quand l'éviction porte sur moins du vingtième de la contenance annoncée, bien qu'en ait autrement jugé un arrêt de la Cour de cassation infirmé d'ailleurs dans sa portée par d'autres arrêts rendus conformément à ce principe par la même juridiction (7).

Il faut encore ajouter que la validité des clauses de non-garantie d'éviction dépend essentiellement de leur rédaction. La jurisprudence a tendance en cette matière, et surtout pour la clause voisine de la précédente de non-garantie des servitudes, à considérer comme de style et, partant, inefficaces, les clauses générales de non-garantie stipulées en pratique. Cette interprétation que l'on a déjà étudiée comporte des dangers et une exagération manifeste (8).

70. — La construction faite sur la clause de non-garantie d'éviction peut être reproduite pour la clause

(7) Cpr. Civ., 14 janvier 1851, Missol : S. 1851, 1, 103. — Et Req., 14 avril 1862, Coëffier : S. 1863, 1, 85.

(8) V. *supra*, n. 15 et notes 11 et s.

de non-garantie des vices cachés (1). L'article 1643 autorise cette dernière convention si le vendeur les ignore (2). On retrouve ainsi cette condition de bonne foi et d'absence de dol déjà rencontrée dans la non garantie d'éviction ou de la contenance.

Le principe ne ferait d'ailleurs pas de difficulté (3), si la jurisprudence et une partie de la doctrine ne déniaient le bénéfice de la bonne foi à certains débiteurs.

D'après une jurisprudence très ferme (4), le constructeur de l'objet vendu est traité, de même que le vendeur professionnel, comme débiteur de mauvaise foi, par suite d'une tradition très ancienne : « *Spondet peritiam artis* », disait déjà Pothier (5). La clause de non-garantie supposant chez le vendeur l'absence de

(70-1) Sur la notion d'apparence du vice caché (V. M. Voirin, note : D. P. 1929, 2, 81. — Et Cass., 15 novembre 1927 : D. 1928, 1, 52. — Lavallo : G. Pal., 1928, 1, 80. — Civ., 29 janvier 1929, Wemaere : G. Pal., 1929, 1, 561. — Ap. Paris, 12 avril 1929, Brenner : Gaz. Pal., 1929, 2 97).

(2) La décision qui refuse l'application de la clause de non-garantie doit donc en conséquence et à peine de cassation mentionner la connaissance des vices (Civ., 14 février 1909, Samson : D. P. 1911, 1, 453 - S. 1910, 1, 364 - G. Pal., 1909, 2, 607).

(3) La garantie peut être limitée à certains vices ou n'exister que pendant un certain délai (Com. Marseille, 12 avril 1927 : Rec. Marseille, 1927, 1, 351). Inversement et dans des cas sans intérêt dans cette étude, la garantie peut être étendue (Cass., 17 juillet 1922 : S. 1922, 1, 352 - Gaz. Pal., 1922, 2, 414).

(4) Chambéry, 12 novembre 1908 : D. P. 1912, 2, 103. — V. Aubry et Rau, t. VI, § 355 bis, p. 390, et la note de M. Jossierand : D. P. 1926, 1, 9, sous Cass., 21 octobre 1925, Rolland-Pillain et le rapport du conseiller Célice.

(5) Pothier, t. V, De la vente, n. 213. Il est très remarquable de retrouver la même règle sous la même formule en Angleterre (Stephen's Commentaries, t. III, p. 503. — V. sur une intéressante espèce, Cour suprême de justice d'Angleterre. — Cour d'appel, 27 novembre 1902. — Clunet, 1905, 1078), à l'occasion de la vente d'une marchandise qui, en explosant, avait blessé l'acheteur. Il n'était dû

connaissance des défauts de la chose, ne doit donc pas recevoir d'application. Toutefois, et par un détour, les tribunaux ont admis à titre de clauses limitatives de responsabilité et valables dans cette mesure, des clauses par lesquelles le vendeur borne sa garantie au remplacement des pièces défectueuses (6). Elle en reconnaît ainsi la validité au cas de faute légère, car la présomption de connaissance des vices n'équivaut pas à cette faute intentionnelle qui, seule, exclut toute possibilité d'exonération conventionnelle (7).

Il serait possible, d'ailleurs, de se demander si cette clause est bien, au fond, analogue à une clause limitative de responsabilité. Si l'on ne tient compte que des

aucune garantie pour les marchandises vendues par la société à moins d'un engagement par écrit de l'administrateur. La cour n'a pas pris formellement parti sur la difficulté, déclarant que cette clause n'avait pas un sens clair, qu'elle voulait sans doute dire « que la société ne voulait pas être engagée par les promesses que pouvaient faire ses employés », mais elle ajoute « que si on voulait lui donner un autre but, elle ne saurait avoir pour effet de dégager la société en cas d'accident ».

(6) V. par exemple : « Nos châssis sont garantis pendant six mois, date de sortie de nos usines contre tous vices de construction résultant d'un défaut de matière ou de fabrication, notre garantie étant expressément limitée à la fourniture gratuite à nos usines d'une pièce neuve en échange de la pièce défectueuse. » Cette clause s'associe généralement à une autre, supprimant le droit au remplacement si une réparation est faite par un autre réparateur que le constructeur et ses agents.

Deux difficultés de détail peuvent encore être notées ici : si le constructeur fait des réparations plus importantes que celles que lui impose la convention, il doit faire toutes réserves à leur égard (Ap. Paris, 3 juillet 1923, Société L. : G. Trib., 1924, 2, 211. — V. pour l'interprétation de la clause « le vendeur est libre de remplacer » (Com. Le Havre, 24 juillet 1922 : Rec. Havre 1922, 1, 255) qui l'interprète non pas comme supprimant toute garantie ou, comme la faisant dépendre du vendeur, mais qui lui laisse une option entre le remplacement et le paiement des dommages-intérêts.

(7) Com. Bruxelles, 18 mai 1914 : J. C. Bruxelles, 1914, 391.

dommages inhérents à la mauvaise qualité de la chose vendue, le remplacement des pièces défectueuses semble avoir pour effet de supprimer la cause du préjudice et d'entraver ainsi indirectement l'action en dommages-intérêts. Mais les causes de préjudice indépendantes du mauvais état de la chose vendue, telles que l'entrave apportée à l'activité d'un représentant par suite de l'indisponibilité de la voiture automobile achetée, pourraient être intégralement réparées. Il ne semble pourtant pas douteux, bien que les décisions soient rares en France sur ce point, que la jurisprudence traitant la clause comme limitative de responsabilité, n'accorderait aucuns dommages-intérêts pour préjudice indépendant (8). En Belgique, au contraire, la solution a été formellement donnée (9). Cette solution est particulièrement heureuse étant donnée la responsabilité très lourde que la Chambre des Requêtes impose au vendeur, même de bonne foi, d'un objet vicié, l'obligeant à réparer les conséquences dommageables d'un accident causé par l'acheteur à un tiers, par suite d'un défaut de fabrication d'une automobile. Bien que la controverse sur la nature de la clause de remplacement n'ait jamais été portée principalement devant la Cour de cassation, celle-ci a néanmoins fait nettement connaître sa pensée

(8) Un arrêt de la Chambre civile, Société des Forges et Chantiers de la Méditerranée, 20 décembre 1887 : D. P. 1889, 1, 76) permet pourtant de pressentir la pensée de la Cour suprême, bien que la décision ait été rendue sur un point un peu différent. Il casse un arrêt de la Cour de Paris qui avait accordé une indemnité particulière pour chômage sous le prétexte que la découverte de la cause de l'avarie dans le délai de garantie replace les parties sous l'empire du droit commun : solution certainement inexacte. Il y avait là une affirmation non justifiée par l'interprétation du contrat ou de l'intention des contractants que la Cour ne pouvait que censurer.

(9) V. Au cas de chômage (Com. Bruxelles, 18 mai 1914 : J. Com. Bruxelles, 1914, 391).

d'une manière formelle dans un arrêt du 25 juin 1883 (10). Elle y reconnaît en effet la validité de la clause de remplacement sur le fondement de la clause pénale : « Attendu qu'une pareille convention est licite... comme le serait, aux termes de l'article 1152 C. civ., une évaluation d'indemnité pécuniaire faite d'avance et à forfait ». La Cour de cassation censurerait donc les décisions qui refuseraient de valider la clause comme convention limitative de dommages-intérêts. La jurisprudence la plus récente soumet d'ailleurs à ce régime les conventions limitant la garantie. Elle leur fait produire plein effet à moins de faute lourde ou de dol (11), à moins encore que par le retard exagéré qu'il met à effectuer la réparation le constructeur commette un abus de la clause (12).

Bien que la jurisprudence soit formelle, son fondement est, en fait, assez incertain. La Cour de cassation hésite en effet à poser de façon générale qu'une présomption de mauvaise foi est mise à la charge du ven-

(10) Req., 25 juillet 1883, Guérillon : S. 1885, 1, 423. — V. toutefois au cas où les réparations nécessaires à la remise en état sont d'une importance telle que l'objet se révèle impropre à l'emploi auquel il était destiné (Req., 31 juillet 1905, Société Générale des Industries Economiques : D. P. 1908, 1, 148. — Com. Seine, 22 avril 1929 : Gaz. Trib., 25 juillet 1929).

(11) Ap. Paris, 3 juillet 1923, Société L... : G. Trib., 2 février 1924 - Rec. 1924, 2, 211. — Ap. Rennes, 23 février 1921, cité en note sous l'arrêt de la Cour de Paris. — Ap. Lyon, 19 novembre 1923 : G. Trib., 2 février 1924 - Rec. 1924, 2, 212 - G. Pal., 1924, 1, 254 - Gaz. Com. Lyon, 21 mai 1924. — Com. Marseille, 16 juin 1920 : Rec. Marseille, 1921, 1, 84. — Com. Seine, Dexpert, 22 avril 1929 : G. Trib., 1929, 2, 218). Certaines décisions paraissent s'y refuser s'il s'agit d'une faute professionnelle (Ap. Chambéry, 23 novembre 1908, précité. — Sent. arbitrale (belge), 16 juin 1908 : J. Com. Bruxelles, 1909, 1, 89 - P. P. 1909, 417. — Lalou, *op. cit.*, n. 214. — V. pour un cas de vol (Dissimulation de la vétusté), Com. Bruxelles, 13 décembre 1912 : D. P. 1913, 527).

(12) Ap. Caen, 2 janvier 1929 : Rec. Rouen, 1929, 2, 69.

deur. Elle eût pu formuler une proposition de ce genre à l'occasion de l'une des conséquences qu'entraîne cette mauvaise foi. L'article 1615 impose en effet en ce cas, non seulement la restitution du prix et des frais imposés par la vente (solution donnée par l'article 1646 pour le vendeur de bonne foi), mais aussi de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur. Saisie d'un pourvoi contre un arrêt imposant au constructeur d'une automobile le remboursement des dommages-intérêts payés par l'acheteur, à la victime d'un accident dû à un vice caché de la voiture, la Chambre des requêtes a préféré étendre la portée de l'article 1646 et l'interpréter comme imposant de « remettre l'acheteur au même état que si le contrat n'eût pas existé », plutôt que de nier la bonne foi du vendeur constructeur (13).

Sans doute pourrait-on rapprocher la jurisprudence qui prohibe les clauses de non garantie et valide les clauses de remplacement, de celle qui traite avec défaveur les clauses d'exonération et reconnaît les clauses limitatives, en notant que les tribunaux ont souvent relevé que le constructeur était en faute de livrer des objets défectueux : cette explication serait peut-être la plus satisfaisante de l'opposition constatée.

Toutes les observations qui viennent d'être faites au sujet du constructeur vendeur, se retrouvent quant au vendeur professionnel. Il ne peut décliner sa responsabilité, « car il ne peut être tenu pour avoir ignoré le vice dont la voiture était atteinte » (14), sans qu'il

(13) Cass., 21 octobre 1925, Rolland-Pillain : D. H., 1925, 589 - D. P. 1926, 1, 9, la note de M. L. Jossierand et le rapport du conseiller Célice.

(14) Req., 5 juillet 1929, Provenzale : G. Pal., 1929, 2, 433 - G. Trib., 10 octobre 1929 - Rec. 1930, 1, 6. — Ap. Paris, 19 février 1924, Huret : S. et P. 1924, 1, 650 - J. Trib. Com., 1925, 243. — Aix, 4 janvier 1872 : S. 1873, 2, 179 - D. 1873, 2, 55, particulièrement significatif : « La qualité de vendeur professionnel impose des devoirs particuliers. Il se rend responsable de la bonté des objets

soit d'ailleurs d'importance qu'il ait vendu directement l'objet ou qu'il l'ait fait livrer directement par son propre vendeur (15). La clause de non-garantie doit donc être sans effet, si on la soumet au régime de l'article 1643; la clause de remplacement est seule efficace. Toutefois, comme les conventions généralement stipulées par les vendeurs comportent une non-garantie complète, à l'égard de laquelle la jurisprudence se montre très rigoureuse, la situation des vendeurs est en fait plus défavorable que celle du constructeur lui-même (16).

vendus. Son impéritie est une faute : personne ne devant exercer publiquement un art s'il n'a toutes les connaissances nécessaires..., que s'il n'est pas fabricant, il ne doit exposer en vente que de bonnes marchandises, qu'il doit s'y connaître et n'en débiter que de bonnes. » (V. Aubry et Rau, t. V, § 355 bis, 5^e éd., p. 113. — Guillemaud, I. 463. — Baudry et Saignat, n. 436). — V. CONTRA : Laurent, t. XXIV, 295 à 297, qui cherche à justifier de façon différente de l'idée de présomption de connaissance des vices, la solution jurisprudentielle. Pour lui, « l'ouvrier ou le commerçant doivent prévoir le dommage que l'acheteur souffrira par la chose qu'ils lui vendent si elle est vicieuse. » Cette extension des dommages-intérêts prévisibles ne suppose-t-elle pourtant pas que le vendeur de bonne foi est tenu de dommages-intérêts, décision contraire au texte de l'article 1646 ?

Il est à noter que la jurisprudence belge est infiniment plus réservée que la nôtre : tantôt, elle nie l'existence de la mauvaise foi (Com. Anvers, 31 janvier 1924 : P. A. 1924, p. 15. — Com. Liège, 16 janvier 1922 : Jur. Liège, 1922, 78). Tantôt, elle admet la présomption, mais autorise le vendeur à démontrer l'impossibilité de découvrir les vices (Com. Gand, 1^{er} juin 1910 : P. P. 1911, 373 - J.-C. Fl.; 1910, 391). Certaines décisions établissent cependant la responsabilité du vendeur (Com. Bruxelles, 21 mars 1907 : J. Com. Bruxelles, 1907, 336. — V. Gand, 12 juillet 1899 : Pas., 1900, 2, 75 - P. P. 1900, 579, très inspiré de la pensée de Laurent).

(15) Req., 10 mai 1909, Wallut : D. P. 1912, 1, 16.

(16) Comp. l'arrêt Provenzale précité pour le vendeur et Com. Seine, 22 avril, Dexpert, précité, pour le constructeur.

Il faut enfin ajouter que l'acceptation de la clause puisse être prouvée et s'il s'agit d'une pancarte, prouver qu'elle était apposée au moment de la vente et portée à la connaissance de l'acheteur (Trib. paix Nancy, 1^{er} juillet 1924 : D. H. 1924, 632, Braun).

Le seul moyen qu'il possède de se mettre dans une certaine mesure à couvert de sa responsabilité consiste à stipuler une limitation de la responsabilité à une somme réduite ou à révéler à l'acheteur les vices cachés de la chose. Il y rencontrera une impossibilité de fait quand il s'agit de défauts de matière inconnus de lui ; mais il se doit d'attirer l'attention de l'acheteur, en se ménageant la preuve de cet avertissement, quand il s'agit de défauts connus dans la construction de la chose vendue.

Cette rigueur de la jurisprudence ne s'applique qu'au vendeur professionnel. Un particulier quelconque reste soumis aux dispositions du Code civil et peut valablement s'exonérer de la garantie des vices cachés, en tenant compte de la limite posée à sa volonté par l'article 1643.

Aussi bien tous ces exemples de destruction d'une obligation contractuelle présentent moins d'intérêt en eux-mêmes que par la révélation qu'ils apportent dans certains cas limites de l'impossibilité que l'on rencontre à s'en affranchir. Destruction du contrat, mauvaise foi, obligations professionnelles, telles sont les trois idées qui se sont dégagées de cet examen de législation et de jurisprudence, et qu'il conviendra de mettre en œuvre dès qu'auront été résolus les problèmes soulevés par une série nouvelle de conventions, relatives à l'irresponsabilité réalisée par l'extension contractuelle des causes entraînant la libération du débiteur.

CHAPITRE II

CONVENTIONS MODIFIANT LES REGLES LEGALES D'EXONERATION DU DEBITEUR

71. Distinction des clauses relatives au cas fortuit et à la force majeure; à la faute de la victime. Conventions sur la preuve.

71. — Laisser intact le lien obligatoire, le contrat et son contenu, mais entraver la naissance de la responsabilité par un procédé détourné — au moment même où elle semble naître de l'inexécution des obligations — en étendant les règles légales d'exonération : cette ingéniosité n'a pas échappé aux contractants qui en ont tiré parti tant à propos du cas fortuit et de la force majeure que de la faute du créancier. Près de ces conventions il faut encore placer celles qui, sur le terrain de la preuve, facilitent la démonstration par le débiteur de son irresponsabilité : l'étude de trois ordres de clauses trouve donc place dans ce chapitre.

SECTION I

CONVENTIONS RELATIVES AU CAS FORTUIT OU A LA FORCE MAJEURE

72. Principe de la validité des clauses. — 73. Délicatesse de leur mise en jeu. — 74. Obligation de déterminer de façon précise le fait libératoire. — 75. Obligation identique pour la détermination de l'effet libératoire. — 76. Rapprochement de cette clause et de la clause d'exonération. — A) Réduction de la clause de non-responsabilité à une clause d'extension des cas fortuits. — B) Réduction de cette dernière clause à une clause de non-responsabilité.

72. — Du libre échange des consentements, portant sur un objet licite, émanant de personnes capables, ayant une cause satisfaisant aux conditions des art. 1131 à 1133 C. civ., naît entre les parties un lien obligatoire dans lequel le Code civil, par interprétation de la volonté des parties, voit une véritable loi privée dont le respect, à moins de circonstances exceptionnelles, s'impose à ce titre au débiteur (1). Rien n'empêche par conséquent les contractants d'atténuer la rigueur de cette règle (2), et les conventions relatives au cas fortuit et à la force majeure sont d'une régularité et d'une fréquence telles, que le législateur est obligé de tenir compte de leur existence dans l'élaboration de certaines règles techniques (3). Les pratiques de certaines bourses de commerce, les rédactions de certains connaissements, ont été pour beaucoup dans la diffusion de ces clauses, qui, appliquées au fait de guerre ou à la grève, ont connu un succès particulier.

73. — Les vices de leur rédaction tenant peut-être à leur origine anglaise (1), et l'abus que tentent d'en faire certains débiteurs ne sont d'ailleurs pas sans rendre assez délicate en fait, leur mise en application. Il en résulte en jurisprudence une certaine incertitude sur les effets de ces clauses, aggravée encore par le fait que

(72-1) Sur ces clauses, cf. Radouant, Du cas fortuit et de la force majeure, Th. Paris 1920, p. 126 et ss. — Wahl, Droit civil de la guerre, t. II, n. 1019-1021, 1040 et ss., et pour le dépouillement de la jurisprudence v. spécialement les tables bi-annuelles de la Gazette du Palais, V¹⁸ Obligation, Vente et, surtout, Vente commerciale).

(2) Wahl, *op. cit.*, n. 1019, p. 12.

(3) Loi 21 janvier 1918, art. 2, al. 1^{er}, qui réserve de l'application du principe d'imprévision qu'elle introduit, les causes de résolution qui résultent des conventions.

(73-1) Cf. les arrêts relatifs à la Société des Phosphates Tunisiens cités *infra*.

les juges du fond sont libres d'en apprécier la portée (2). Il paraît se dégager des décisions très diverses rendues à ce sujet une idée centrale qui explique d'ailleurs toutes les difficultés d'application : la cause de l'inexécution doit être formellement et précisément prévue dans la clause extensive des cas fortuits — ainsi que l'effet d'exonération absolu que les parties ont entendu attacher à sa survenance. Que l'une ou l'autre condition fasse défaut, la jurisprudence se montre incertaine.

74. — Si le fait dont le débiteur entend ne pas assumer la responsabilité est nettement désigné, les tribunaux n'hésitent pas à reconnaître l'absence de responsabilité du débiteur, réserve faite de la correction de la clause quant à la seconde condition. Mais des hésitations naissent dès que cette précision manque, que le fait ne rentre pas exactement dans les termes de la clause ou que la rédaction de celle-ci est trop générale.

Dans le premier cas, la solution ne fait pas de doute. Le principe de l'interprétation restrictive commande de rejeter l'effet exonératoire (1). Si la clause est conçue en termes généraux, la question est, au contraire,

(2) Cass., 4 décembre 1917, Bedit Limburger : G. Pal., 1918-1919, 445. — Req., 15 décembre 1919, Legendre : G. Pal. 1920, 1, 288. — Cass., 11 juillet 1921 : G. Pal., 1921, 2, 394, Société des Phosphates Tunisiens reconnaissant aux juges du fond le droit d'interpréter la clause rigoureusement. — Req., 19 février 1919, Villeminot : G. Pal., 1918-1919, 1, 702. — Req., 3 novembre 1920 : S. 1921, 1, 128, autorisant une jurisprudence libérale.

(74-1) Com. Seine, 20 octobre 1916, Bréauté : Gaz. Pal., 14 novembre 1918. — Paris, 8 janvier 1916 : S. 1916, 2, 39, note A. Wahl. — Cpr. Demogue : Rev. Trim., 1916, 515. — Cf. plus particulièrement sur l'impossibilité d'étendre à la réquisition du frêt une clause visant l'interdiction des exportations, Rouen, 13 juillet 1920 : Rec. Havre 1920, 2, 126.

beaucoup plus délicate. La plus grande partie de ces conventions reproduisent l'indication d'un certain nombre de faits (grève, guerre, chômage) dont la survenance entraîne la résolution du contrat, et qui se termine par des formules à peine différentes les unes des autres et que l'on peut ramener au type suivant « ou tous cas de force majeure interdisant la livraison ». La généralité des termes employés permet facilement à un fait d'entrer dans le contenu de la clause, mais la difficulté est de savoir alors si l'effet de la force majeure s'attache à la survenance d'un tel événement.

75. — C'est de ce deuxième point de vue que l'on retrouve encore les conséquences fâcheuses de la mauvaise rédaction de la clause. Par exemple, la jurisprudence a pu décider que les termes « ou toute autre force majeure » suivant l'énumération de certains faits, maintenaient le débiteur sous l'empire du droit commun, puisqu'ils établissaient une équivalence entre ces faits et la force majeure (2). Il en résulte que la clause n'ajoute rien au droit commun et qu'elle est qualifiée « de

(2) Com. Marseille, 11 juillet 1921 : Rec. Marseille, 1922, 1, 292. — Com. Marseille, 1^{er} février 1916, Pisani Borg : Gaz. Pal., 1916, 17, 627. — Bordeaux, 5 juillet 1915, Bony : Rec. Bordeaux, 1917, 25. — Com. Marseille, 2 février 1927, Lemann : G. Pal., 1927, 1, 589. — Cass., 11 juillet 1920 : Gaz. Pal., 1921, 2, 394.

Dans certains cas, la clause se bornait à une pure reproduction du droit commun : elle ne pouvait avoir d'effets propres : « Sans responsabilité du vendeur au cas de force majeure » (Tournai, 28 juillet 1917 : Pas., 1918, 3, 304), « livrable sous réserve de lieu prévu ». — (Com. Gand, 5 mai 1923 : J. C. Fl., 1925, 318).

V. pour la clause « force majeure telle que guerre, grève, etc... » (Com. Marseille, 16 avril 1915 : Rec. Marseille 1915-1916, 1, 220). De telles clauses font dire à certaines décisions qu'elles reposent sur un principe infirmé par la jurisprudence, le caractère de force majeure reconnu de plein droit à la guerre ou à la grève (Com. Havre, 8 avril 1918 : Rec. Havre 1920, 1, 252).

style » (3). Parfois aussi les clauses attachant l'effet exonératoire à une série d'événements « empêchant, interdisant » l'exécution. Elles rejoignent par là étroitement les règles légales, et sont sans utilité. Cette dernière stipulation est pourtant fréquente et l'influence du vice de rédaction est très visible quand on parcourt les décisions de jurisprudence : M. Radouant a souligné ce trait de façon très heureuse (4). On peut enfin compléter ce tableau de la jurisprudence défavorable aux clauses extensives des cas fortuits en rapprochant les décisions rendues sur des conventions semblables employées en matière maritime pour étendre les staries, délais laissés aux chargeurs ou aux destinataires pour les opérations de chargement ou de déchargement (5). Ils sont bien suspendus par la force majeure, mais l'interprétation rigoureuse faite par la jurisprudence de cette notion, a amené les chargeurs à l'étendre conventionnellement. Les tribunaux anglais admettent facilement de donner effet à la volonté des parties (6). Mais la Cour de cassation de France semble dénier toute valeur à la clause et exiger que tous les éléments constitutifs de la force majeure se trouvent réunis (7). Cette

(3) Cf. plus ou moins inspirés par cette idée : Aix, 8 juin 1915, Bendit Limburger, et Req., 4 décembre 1917 : Gaz. Pal. 1916, 17, 444 - J. Trib. Com., 1918-19, 467. — Cass., 11 juillet 1921, précité, sur Paris, 27 juillet 1916 : Gaz. Pal. 1916, 17, 262, mais il est vrai dans une espèce où la clause avait été insérée avant la guerre. — Com. Marseille, 5 novembre 1915, Gauvan Couve : Gaz. Pal. 1916, 17, 267. — Aix, 27 : Déc. 1916 - Rec. Marseille, 1918, 1, 103.

(4) J. Radouant *op. cit.*, p. 103. — Req., 15 novembre 1919, Legendre : G. Pal. 1920, 1, 288, qui attache une importance particulière aux termes « causes affectant l'exécution du contrat ».

(5) Sur ces clauses cf. Ripert, Dr. Marit., II, n. 1544 et 1549, p. 507 et 514.

(6) G. Ripert, *op. cit.*, p. 507, note 4.

(7) Cass. req., 31 octobre 1905 : D. P. 1906, 1, 38 - Rev. in., XXI, 278. — Sur Poitiers, 1^{er} août 1904 : G. Pal., 1904, 2, 402. —

solution est vivement critiquée par la doctrine et dans les motifs des jugements étrangers. Il est toutefois permis de penser que la clause « jours de grève exclus des staries par la convention » ne présente pas une netteté suffisante pour constituer une dérogation au droit commun : en présence d'une formule plus explicite — excluant par exemple la grève quelle que soit sa généralité ou sa prévisibilité — la jurisprudence se montrerait plus libérale — et elle l'est effectivement pour certaines formules plus satisfaisantes (8).

Les décisions exonérant le débiteur de sa responsabilité sont assez rares. Le terme d'empêchement qui a généralement été interprété comme visant une impossibilité absolue d'exécution, a pourtant permis dans certains cas une exonération plus facile du débiteur. On a pu soutenir alors qu'il lui suffit de rencontrer un trouble sérieux dans l'exécution projetée pour être libéré de son obligation (9). Cette interprétation semble

Req., 28 octobre 1907 : D. P. 1909, 1, 282 - Rev. int., XXIII, 309. — Pau, 14 février 1922 : Rev. int., XXXIV, 611. — Req., 10 avril 1923 : Dor., 5, 322, et Dor. sup., 1, 147.

Et pour la doctrine : G. Ripert, *op. et loc. cit.* — Barbey, Les surestaries sont-elles dues au cas de grève? note au Dor. 5, 322. — Note III, in *Rev. intern.*, XXXIV, 401 sous Gênes, 30 décembre 1920, et pour la jurisprudence étrangère : Trib. Empire Allemagne, 22 octobre 1898 : Rev. int., XV, 170. — Cass. Turin, 4 mars 1904 : Rev. int. XIX, 789. — Anvers, 6 décembre 1912 : Rev. int., XXIX, 277. — 1^{er} avril 1912 : P. A. 1912, 1, 342; — et dans le sens de la jurisprudence française. — Com. mixte Alexandrie, 21 février 1921, Paramythiothis : Dor., 16, 251. — V. « Vers la suppression de la clause de grève » : Dor., 6, 629.

(8) Cass., 10 avril 1923, Durand : Dor., V. 322 et la note. — Ap. Rouen, 11 décembre 1929 : Gaz. Pal., 1930, 1, 425 - S. 1930, 2, 63. — Michelson. — V. G. Ripert, III, n. 1550, Com. Havre, 8 avril 1918 : Rec. Havre 1920, 1, 252.

(9) Cass., 19 février 1919, Villeminot : G. Pal. 1918-1919, 1, 702, sur Lyon, 6 novembre 1917. — Lyon, 2 décembre 1919, Mon. Jud. Lyon, 2 février 1920. — Com. Marseille, 11 juin 1919 : Rec. Mar-

la plus heureuse et, au fond, la plus exacte, de la volonté des parties : on ne voit pas d'ailleurs pourquoi la survenance d'un fait quelconque ne pourrait être retenue comme entraînant la disparition du contrat par l'effet d'une condition résolutoire et expresse. Il faut condamner de ce point de vue des décisions qui, en présence de conventions claires et formelles, ont refusé d'accorder la libération du débiteur.

L'examen de la jurisprudence laisse donc cette impression très nette que l'insuccès des clauses tient, soit à ce qu'elles ne désignent pas de façon assez nette les faits libératoires, par une formule indépendante de la définition de la force majeure (10), soit à ce qu'elles

seille, 1920, 1, 312. — Com. Rouen, 18 décembre 1919 : G. Trib., 16 janvier 1920. — Com. Anvers, 2 mai 1919 : Pas. 1919, 3, 179. — Com. Marseille, 15 novembre 1915, Gauvan : G. Pal., 1916-1917, 267. — Com. Bruxelles, 24 octobre 1912 : P. P. 1914, 53. — Paris, 4 novembre 1925 : La Loi, 11 février 1926 - Dr. fin., 1925, 579 (Clause de grève dans un contrat de vente). — Paris, 7 juin 1916, de Lesparda : G. Trib., 1918, 2, 38. — Paris, 27 juillet 1916, Soc. John Milne : G. Pal., 1916, 17, 262 - G. Trib., 3 septembre 1916 (distinguant dans la clause deux parties : les faits désignés nommément, dont la survenance suffit à suspendre le contrat, les autres compris dans la formule « ou toutes autres causes sur lesquelles la Société des Phosphates Tunisiens n'aurait pas de moyen d'action », pour lesquelles on doit prouver le caractère d'obstacle absolu à l'exécution. On retrouve encore dans cette clause malheureuse une correspondance entre la rédaction de la clause et la rigueur jurisprudentielle). — Douai, 14 mars 1929 : Rec. Douai, 1929, 146.

(10) Les vendeurs cherchent en vain à se libérer si l'exécution reste possible malgré la survenance du fait (Req., 9 janvier 1918, héritiers Carles : G. Pal., 1918-19, 85). Au contraire, il est libéré dans la mesure où l'exécution est impossible (Cf. pour la réquisition, Bordeaux, 28 mai 1918 : S. 1918, 2, 8. — Com. Marseille, 11 juillet 1921 : Rec. Marseille, 1922, 1, 292. — Com. Marseille, 21 novembre 1922 : Rec. Marseille 1924, 1, 261. — Cass., 3 novembre 1920 : G. Pal., 1920, 2, 632 : S. 1921, 1, 128). Le vendeur doit apporter la preuve de l'impossibilité d'exécution (Com. Havre, 3 août 1921 : Rec. Havre 1922, 182).

n'attribuent pas à ces faits la libération du débiteur, se contentent de supprimer les dommages-intérêts (11) ou de suspendre l'exécution.

76. — La clause d'extension des cas fortuits étant ainsi connue dans sa nature et dans ses effets, un rapprochement utile peut être fait entre elle et les clauses de non-responsabilité.

On peut être tout d'abord tenté de réduire les clauses de non-responsabilité à une convention relative au cas fortuit, en concevant que les premières ont pour conséquence de faire réputer cas fortuit certaines fautes du débiteur.

Un tel essai ne peut qu'être condamné : la sévérité de la jurisprudence sur la notion de force majeure s'oppose à une telle assimilation : ne peut-on pas dire en effet que toutes les conditions auxquelles est soumise celle-ci se ramènent à l'absence de faute du débiteur (1). Abolir cette exigence serait détruire en elle-même la notion de force majeure.

Mais ne peut-on faire la tentative inverse et ramener la clause d'extension des cas fortuits à une convention d'exonération de responsabilité, construction qui, au premier abord, prête moins à critique ? (2) En effet, comme la clause d'exonération est valable, dans l'opinion généralement admise, jusqu'à la démonstration par le créancier d'une faute lourde ou d'un dol, ou même

(11) Com. Seine, 2 novembre 1916, Guibourg : G. Pal., 1916-1917, 718.

(76-1) Radouant, *op. cit.*, p. 182 et ss. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 382, p. 531.

(2) Com. Seine, 22 janvier 1929, Auelert : G. Pal. 1929, I, 583, qui se contente de l'impossibilité d'exécution du propre fournisseur du vendeur comme constitutive de l'impossibilité d'exécution contrairement à la jurisprudence dominante qui exige une impossibilité absolue, presque inconcevable pour les choses de genre.

d'une faute quelconque, le débiteur se trouve libéré si aucune faute n'est prouvée contre lui. La force majeure impliquant elle aussi l'absence de faute du débiteur : on voit par là le lien qu'il serait possible d'établir entre les deux théories.

Ce rapprochement superficiel ne saurait abuser. D'une part, il serait contraire à la réalité des faits. Par la clause d'exonération on tente bien de supprimer les conséquences d'une responsabilité de principe, mais on n'en discute pas l'existence, pas plus que celle de la faute commise. D'autre part, et si l'on admet que la clause d'exonération tombe devant la démonstration d'une faute quelconque (et il semble bien que cette conception soit celle de la Cour de cassation de France), la clause relative aux cas fortuits est dénuée d'effet, puisque l'absence de faute équivaut à la force majeure. Sans doute pourrait-on alléguer l'utilité que le débiteur trouve à imposer à son créancier la preuve de sa faute, au lieu d'être obligé d'apporter lui-même la démonstration de son absence de faute (3). Sans doute aussi pourrait-on noter que l'inefficacité, généralement reconnue par la jurisprudence à la clause relative aux cas fortuits, est significative du rapprochement à faire entre ces conventions et celles qui constituent des clauses d'exonération de responsabilité au sens strict. Ces considérations perdent tout effet si l'on remarque que la Cour de cassation laisse aux juges du fond un pouvoir souverain en ces matières, et qu'elle ne censurerait nullement une décision accordant, en présence d'une convention formelle, l'exonération du débiteur, alors que les éléments constitutifs de la force majeure ne seraient pas réunis : l'existence de jugements et d'arrêts rendus en ce sens ruine l'assimilation proposée.

(3) V. la formule même du renversement de la preuve dans Com. Nantes, 7 juillet 1921 : Rec. Nantes, 1922, 1, 51.

Il est donc impossible d'admettre, comme l'a fait un jugement du tribunal de commerce de la Seine, l'exonération complète pour impossibilité relative, sur la base de la validité des conventions d'exonération. Ou alors — mais cette doctrine ne tomberait-elle pas sous la censure de la Cour de cassation ? — il faut reconnaître que la démonstration de certaines fautes ne suffit pas à détruire l'exonération conventionnelle de responsabilité. C'est en effet à cette opinion fort douteuse dans l'état actuel du droit, que s'est expressément rattaché le jugement en question (4).

SECTION II

CONVENTIONS RELATIVES A LA FAUTE DU CREANCIER

- 77) Leur caractère anormal. — 78) Interdiction de faire un acte. — 79) Obligation de faire un acte : Dépôt. Clauses insérées sur les carnets de chèques. — 80) Rappel.

77. — Les conventions par lesquelles un débiteur se dégage de sa responsabilité en rendant conventionnellement fautif l'acte de son créancier présentent au premier abord un caractère singulier.

Alors que les clauses relatives au cas fortuit et à la force majeure apparaissent comme des plus normales, que la jurisprudence en est souvent saisie, que certains répertoires y consacrent même des rubriques, les conventions sur la faute du créancier semblent en fait inexistantes. Les unes et les autres répondent pourtant à une même idée : la volonté du débiteur de ne pas être tenu trop strictement et de se prémunir contre une

(4) Com. Seine, 2 janvier 1929, Auclert précité.

exécution rendue trop rigoureuse du fait des événements ou des conditions particulières du contrat. C'est bien sous cet aspect qu'apparaît ce nouveau type de conventions : elles ne portent pas directement sur le fait du créancier, bien que rien n'empêcherait d'en faire dépendre la résolution du contrat : cette condition résolutoire potestative n'aurait rien d'illicite (1).

Mais en fait, ces clauses sont assez différentes : le débiteur prévoyant que le contrat mettra très vraisemblablement en jeu sa responsabilité, cherche à faire collaborer le créancier à l'exécution de son obligation afin d'alléger la charge qui pèse sur lui. La convention ne vise pas principalement la faute. Elle ajoute seulement à l'obligation générale et légale imposée au créancier de s'abstenir de tout ce qui pourrait entraver l'activité du débiteur, une obligation contractuelle et précise d'aider son cocontractant. Le créancier ne se trouve donc constitué en faute qu'indirectement s'il néglige les devoirs particuliers qui lui incombent.

78. — En premier lieu, il peut être tenu de s'abstenir d'un acte qui, en l'absence de convention spéciale, lui eût été, soit imposé, soit permis : les contrats de déménagements contiennent une clause exonérant le déménageur de la casse de certains objets fragiles, si le client les emballe : cette obligation lui incombe au contraire pour tous les autres objets. De même le droit d'obtenir le remplacement des pièces défectueuses de l'objet vendu est souvent limité par l'interdiction de faire soi-même toute réparation ou de le confier à un autre qu'au vendeur.

79. — Mais plus fréquemment, il ne s'agit pas d'un devoir d'abstention, mais de commission. Le créancier

(77-1) La condition purement potestative de la part du créancier est en effet expressément validée pour la vente *ad gustum*.

doit alors accomplir un acte nécessaire à la bonne exécution du contrat.

Les différents contrats de dépôt en donnent d'intéressants exemples. Au lieu de limiter sa responsabilité à une somme donnée, l'hôtelier peut déclarer « qu'il ne répondra pas des objets qui n'auront pas été déposés à la caisse ». De pareilles formules soulèvent toute une série de problèmes.

Celui de leur acceptation d'abord : le client devant avoir connaissance de la clause, et les pancartes apposées ne produisant effet que si elles ont été effectivement connues et acceptées (1) (exigence qui, au surplus, écarte toutes les déclarations d'irresponsabilité postérieures à la formation du contrat... mais cette difficulté a déjà été antérieurement rencontrée) (2). Celle qui doit retenir surtout ici l'attention est de savoir quels objets l'hôte doit déposer.

Il est douteux que l'obligation de dépôt porte sur les vêtements, si précieux soient-ils (3), mais le voyageur est alors tenu de veiller avec un soin spécial à leur sécurité. Par contre, s'il s'agit de bijoux, le voyageur est contractuellement en faute de ne pas les avoir remis à l'hôtelier — et la responsabilité de ce dernier en doit être diminuée. Cette solution n'a pas perdu tout intérêt même depuis la loi du 8 avril 1911 modifiant l'art. 1953 C. civ. qui limite à 1.000 fr. la responsabilité de l'hôtelier ou de l'aubergiste pour les espèces monnayées, les valeurs, les titres, les bijoux et les objets précieux de toute nature non déposés réellement entre leurs

(79-1) Il faudra relever par exemple que le voyageur venait régulièrement dans l'hôtel, connaissait l'emplacement de l'avis (Ap. Bruxelles, 14 juillet 1930, De Berlaimont : Rev. gén. ass. et resp., 1930, 677.

(2) Cf. *supra*, n. 9 et note 5.

(3) Civ., Dinant, 4 mars 1929 : Rev. gén. ass. et resp., 1929, 638.

maines (4). Il résulte en effet d'une jurisprudence constante que la démonstration d'une faute de l'hôtelier ou de ses préposés entraîne pour le premier l'obligation de réparer l'intégralité du dommage. L'effet de la clause obligeant au dépôt est de substituer à la faculté légale, une obligation conventionnelle dont l'inexécution constitue en faute le créancier (5) : qu'une faute soit prouvée contre l'hôtelier, il bénéficie des règles de la responsabilité partagée.

Les mêmes principes doivent être appliqués relativement à la clause portée sur les carnets de chèque et invitant le client à en signaler la perte ou le vol à la banque, afin de permettre à celle-ci un contrôle efficace sur les effets qui lui sont présentés (6). La clause se borne à renforcer ici le devoir de vigilance imposé au

(4) Disposition semblable en Belgique : L. 22 juillet 1897, modifiant l'art. 1953, § 2, C. civ. et limitant également à 1.000 fr. la responsabilité de l'hôtelier. La formule de la loi belge est d'ailleurs supérieure, car elle n'invite qu'au dépôt des objets précieux « qui ne servent pas à l'usage personnel et habituel du voyageur » (Cf. pour une application, Com. Ostende, 10 avril 1930, X... : Rev. gén. ass. et resp., 1930, 593. — Cf. sur la loi et la jurisprudence belge, Voets et Mayaerts, La responsabilité de l'hôtelier et du restaurateur.

(5) V. pour les clauses insérées par les établissements de bains et invitant le baigneur à déposer les bijoux au bureau (Civ. Seine, 27 mars 1914 : G. Trib., 10 janvier 1915 - Rec. ass., 1916, 277 - Rev. Trim., 1915, 524. — V. Caen, 17 décembre 1875 : S. 1876, 2, 49, note Ortlieb). Pour une obligation de déposer annexe à un contrat de travail (Cons. prud'hommes Seine, 27 juin 1928 : La Loi, 12 février 1929).

(6) « La banque est déchargée de toute responsabilité au cas de perte ou de soustraction de chèques, à moins qu'elle n'ait été prévenue à temps pour en empêcher tout paiement irrégulier. »

Sur la responsabilité du banquier pour paiement de chèques falsifiés (Cf. Thaller, note : D. P. 96, 140, 1. — Esmein : S. 1923, 2, 57. — Capitant, chron. : D. 1923, p. 117 et ss. — Lévy-Morelle, De la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle en matière de chèques et la théorie du risque professionnel : Belg. Jud., 1925, 65. — De la responsabilité quasi-contractuelle et de la responsabilité légale

client. L'oubli par celui-ci, de la formalité insérée au contrat le constitue en faute.

Il ne faudrait pourtant pas en conclure qu'aussitôt le banquier se trouve dégagé de sa responsabilité. La faute du créancier ne saurait faire disparaître celle que peut commettre le banquier, en ne vérifiant pas avec assez de soin l'identité du porteur ou l'authenticité de la signature donnée. On se trouve donc simplement ramené à la théorie mal précisée dans ses conséquences de la faute commune née dans le domaine délictuel (7), puis transposée sur le terrain contractuel. Les seules difficultés que présente le problème sont donc celles que suscite cette dernière théorie.

Les effets de la clause ne se produisent pourtant pas en jurisprudence avec une semblable netteté, car l'obligation pour le client de prévenir la banque au cas de perte de son carnet existe de droit commun : en l'absence de conventions formelles, les parties seraient soumises à un régime presque semblable à celui qui découle de l'adoption de la clause. Celle-ci a bien pour effet de préciser les obligations du créancier, de supprimer toute contestation possible sur son devoir de vigilance, d'alléger un peu la responsabilité du banquier, elle ne modifie pas profondément l'état du droit antérieur. C'est peut-être pour cette raison que la jurisprudence montre peu de cas d'application de la clause : une décision ancienne du tribunal civil de la Seine tranche pourtant cette difficulté en exonérant complètement l'établissement débiteur — solution trop libérale et con-

en matière de paiement de chèques : Belg. Jud., 1925, 129. — Fould, Le payement des chèques perdus, volés, faux et altérés, et la proposition Fould : Rev. dr. banc., 1922-1923, p. 492, imposant au banquier le risque professionnel en ces occasions, *nonobstant toute clause contraire*.

(7) Civ., 24 juillet 1918 : S. 1920, 1, 359. — V. Aubry et Rau, T. VI, § 446, 5^e éd., p. 369 et note 5.

testable (8). Quant aux autres jugements ou arrêts, leur position est assez curieuse. Ils négligent l'obligation contractuelle qui pèse sur le créancier pour retenir seulement la déclaration d'exonération du banquier. Ils écartent la première stipulation en déclarant, soit qu'elle ne peut avoir pour effet d'exonérer le banquier de ses obligations (ce qui n'est pas contesté) (9), soit en relevant que le client n'a pas eu le temps de prévenir la banque (et dans ce cas il est bien certain que le créancier n'est pas en faute) (10), soit même en la négligeant délibérément tout en en reconnaissant l'existence (11). La situation étant presque celle à laquelle seraient soumises les parties si aucune convention spéciale n'était intervenue, les banques adoptent plus fréquemment une clause d'exonération pure et simple, au cas de perte ou de vol. La presque totalité des décisions a été rendue en ce cas. Deux grands courants se partagent alors la jurisprudence, l'un qui rend la clause inefficace dès que le banquier a manqué aux « obligations naturelles et nécessaires » qui pèsent sur lui, et notamment la vérification de l'identité des signatures (12); l'autre, dans lequel il faut classer un arrêt de la Chambre des requêtes, qui exonère le banquier au cas de faute légère (13).

(8) Trib. Seine, 11 janvier 1870, héritiers Mertens : S. 1870, 2, 190 - P. 1870, 731. — V. *supra*, n. 49, note 1, pour une clause dégageant la banque de sa responsabilité par mise du dépôt à la disposition du porteur.

(9) Paris, 7 mars 1906 : D. P. 1906, 5, 66.

(10) Bordeaux, 14 décembre 1887, Société Générale c. de Coutanceau et Jay : D. P. 1888, 2, 316.

(11) Ap. Paris, 8 avril 1927, Banque Ottomane : D. H. 1927, 374.

(12) Paris, 1^{er} juillet 1870, Geoffroy : S. 1870, 2, 188 - P. 1870, 728.

(13) Req., 26 octobre 1898, Comptoir National d'Escompte : S. 1899, 1, 274. — Civ. Seine, 11 janvier 1870, Mertens, précité. —

80. — On rapprochera enfin des arrêts relatifs à la faute du créancier, tous ceux qui l'invitent à prendre des précautions particulières, à ne pas se fier uniquement à l'indication donnée par le débiteur, mais à compléter ses informations : du genre de celles stipulées par les agences de renseignements commerciaux ou par les journaux financiers. Une décision engageant la responsabilité de l'administration d'un journal qui n'avait pas attiré l'attention de ses lecteurs et abonnés sur le caractère incertain de ses informations, lui a reproché de n'avoir pas mis en garde contre le caractère tendancieux de la note financière publiée (14)..

Com. Seine, 8 avril 1919 : Bull. un. synd. B., 19 avril 1920, rép. Prat., V° Chèque, n. 67. — Ap. Paris, 16 décembre 1925, Compagnie Algérienne : D. H. 1926, 89 - G. Pal., 31 décembre 1925 - G. Trib., 18-19 août 1926. — Ap. Paris, 2 janvier 1928 : G. Pal., 1928, 1, 887, qui ne tranchent pas le problème, mais relèvent la faute lourde du banquier *in terminis*.

(80-1) Civ. Seine, 21 juillet 1930, Guadet et autres : G. Trib., 31 décembre 1930 : Rec. Gaz. Pal., 1931, 1, Som. 16 - Rev. Trim., 1931, 111. Après avoir relevé qu'un journal financier n'est pas responsable des articles élogieux reproduisant les insertions légales, statuts, procès-verbaux d'une société..., il ajoute pourtant « *qu'on pourrait lui faire grief de ne pas avoir publié ces renseignements sous une rubrique spéciale indiquant à ses lecteurs qu'ils ne constituent que des communiqués émanant de la société intéressée et ne pouvant comme tels revêtir la garantie du journal ni engager sa responsabilité* ». Ce conseil donné par la jurisprudence prouve l'utilité que peut en certains cas présenter cette mention.

SECTION III

CONVENTIONS RESERVANT AU DEBITEUR
LA PREUVE DE LA CORRECTION
DE L'EXECUTION DE L'OBLIGATION

- 81) Nature. — 82) Clauses de constatation d'un fait matériel éventuellement libératoire. — 83) Clause de reconnaissance de l'exécution de l'obligation.

81. — Voisines des clauses précédentes sont celles dans lesquelles un débiteur, qui pressent à l'occasion d'un contrat la mise en jeu de sa responsabilité, décrit à l'avance une situation de fait en contenant des éléments exclusifs, ou obtient du créancier la reconnaissance que l'exécution de son obligation fût correcte.

Au premier cas, par exemple, le transporteur fait signer à l'expéditeur une déclaration qui constate le mauvais état de la chose. Une avarie survient-elle ? Dans la mesure où elle se rattache à un vice dont il fut convenu, l'irresponsabilité du transporteur est réalisée.

Ces clauses diffèrent donc de celles qui modifient l'administration ou l'admissibilité de la preuve. Elles ne touchent en effet pas à sa production devant les juridictions (règle incontestablement d'ordre public) et n'en modifient pas plus les procédés légaux. Leur validité est donc indépendante de ces conventions-ci. La jurisprudence belge, qui refuse d'admettre ces dernières, l'a toujours reconnu.

Etant donnée une telle clause, en quoi la condition du

(1) Ce qui n'est pas à dire que des conventions formelles sur le renversement de la charge de la preuve ne pourraient pas intervenir (V. E.-H. Perreau : *Rev. Trim.*, 1923, p. 303).

transport est-elle modifiée ? L'allègement de responsabilité ne se produit que de façon indirecte. Du fait même de la convention deux présomptions se dégagent : que l'inexécution est due au fait décrit dans la clause (2) (au cas de constatation d'un fait éventuellement libératoire), ou que le débiteur a correctement exécuté les obligations mises à sa charge (s'il s'agit d'une clause par laquelle le débiteur a obtenu du créancier semblable reconnaissance). Le créancier, pour obtenir réparation, doit donc supporter la charge de la preuve : qu'il dévoile l'inexactitude de la clause ou sa simulation, ou qu'il démontre que l'inexécution n'est pas due au fait incriminé.

Si cette dernière règle n'est propre qu'aux clauses de constatation d'un fait matériel, la première a une portée générale : le créancier peut démontrer l'inexactitude de la convention ou sa simulation.

A vrai dire, cette seconde situation est exceptionnelle, car on voit mal pourquoi le créancier accepterait une convention simulée. Dans le contrat de transport terrestre où, par le bulletin de garantie, le débiteur se réserve le droit de constater l'avarie initiale de la marchandise, cette difficulté ne se présente pas. La prati-

(2) Sur cette clause fréquemment employée dans le transport terrestre sous le nom de bulletin de garantie (V. L. Josserand, *Transports* 2^e éd., 660, et la note 2, n. 623, p. 604, n. 637 et, 655 n. 2, p. 654. — Douai, 6 novembre 1907 : Bull. ann., 1908, 2, 72. — V. pour la validité de la clause qui n'a pas été atteinte par la prohibition des clauses d'exonération, Cass., 17 novembre 1913 : D. P. 1914, 1, 60 — S. 1918-1919, 1, 229. — L. Josserand, *op. cit.* — Vincent, *op. cit.*, p. 37. — Bourcart, note : S. 1908, 2, 145. — V. pour la Belgique, Cass. civ., 7 mai 1874 : Pas. 1874, 1, 148. — Cass. civ., 19 novembre 1874 : Pas., 75, 1, 19).

V. pour la clause de constatation de l'état du sol par un architecte (M. Demogue Tr. oblig., V, 1211). — Pour la clause de constatation de l'état de la chose déposée (Civ., 16 mars 1921 : S. 1922, 1, 39).

que montre un genre de conventions un peu différentes : celles que l'on trouve en matière maritime, pour alléger la responsabilité du transporteur, ne portent pas l'indication d'un poids, d'une quantité inexactes, mais la déclaration que ces deux éléments sont inconnus du capitaine. Ne pouvant contrôler à l'embarquement les déclarations des chargeurs, il accepte leurs indications, mais ajoute les clauses que dit être, sans approuver, poids, quantité, mesure inconnus (3). Le chargeur doit, dès lors, s'il se produit un manquant ou une perte totale, établir par tous les moyens de preuve puisque l'on se trouve en matière commerciale, la réalité de ses déclarations, renversement de la charge de preuve des plus appréciables.

Ce résultat n'est pas sans analogie avec celui que produit la clause de non-responsabilité. Il explique l'effet particulier que la jurisprudence française attribue aux clauses précédentes. Elle n'impose pas seulement au créancier de faire la preuve de la réalité des affirmations du connaissement, mais encore à supposer que cette preuve soit apportée, elle traite la clause comme convention d'exonération et oblige à prouver la faute du transporteur (4). Cette assimilation de deux conventions différentes est critiquable, et l'on ne peut douter de leur distinction nécessaire. Tenterait-on même de

(3) Sur ces clauses, cf. G. Ripert, *Dr. Mar.*, t. II, n. 1776 et s., 3^e éd., p. 728 et s. — Elles sont soumises, quant à leur interprétation, au principe de l'interprétation restrictive : la clause visant le poids ne s'étend pas à la mesure (Cass., Turin, 18 février 1921 : *Rev. Int. Dr. Mar.*, XXXIII, 951), celle qui est relative au poids, au contenu, à la valeur, est sans effet quant au nombre (Ap. Gênes, 16 mars 1923 : *Dor.*, 3, 456).

(4) Marseille, 18 octobre 1902 : *Rev. Int. Dr. Mar.*, XVIII, 359. — Seine, 12 octobre 1915, *op. cit.*, XXXI, 79. — Rouen, 15 juillet 1925, Bermudas : *Dor. sup.*, 3, 849. — Bordeaux, 8 février 1928 : *Gaz. Pal.* 1928, 1, 787 - S. 1928, 1, 135 - *Dor.*, 6, 108.

faire entre elles le rapprochement le plus grand — et analyserait-on la clause poids inconnu comme une convention formelle sur le renversement de la preuve, l'opposition entre les deux clauses ne resterait pas moins nette, ainsi qu'il l'a été noté. D'ailleurs, dans un cas, le renversement de preuve porte sur la démonstration de la qualité ou du poids, dans l'autre sur la faute du débiteur. La prohibition des clauses d'exonération n'entraîne pas celle des bulletins de garantie : la jurisprudence l'a décidé de façon formelle pour le transport terrestre depuis la loi Rabier, et la Convention de Bruxelles a agi de même pour le transport maritime.

La démonstration de l'exactitude des déclarations devrait seule être apportée, ainsi que l'ont décidé les jurisprudences étrangères (5), le Code maritime marocain, le projet de loi français sur les connaissements; cette preuve résultant de la production du bulletin de douane, de l'aveu, du serment, de la connaissance par le capitaine de la réalité du chargement (6). Certains tribunaux ont même facilité l'action du chargeur en

(5) V. pour la Belgique : Anvers, 4 décembre 1923 : P. A. 1923, 523 - Dor., 1923, 168. — V. toutefois, Com. Anvers, 2 janvier 1928 : Dor., 19, 115.

Pour l'Italie : Ap. Gênes, 13 juillet 1923 : Dor., 10, 393, et, sur pourvoi, Cass. royaume, 24 octobre 1924 : Dor., 10, 394. — Ap. Gênes, 9 avril 1926 : Dor., 20, 420. — Spezia, 22 juin 1927 : Dor., 17, 512. — Cass. Italie, 8 février 1927 : Dor., 16, 391.

Pour l'Argentine : Ch. féd. des Appels de la cité de Buenos-Ayres, 17 juillet 1923 : Dor., 9, 220.

Pour l'Allemagne : Trib. sup. Hanséatique, 2 janvier 1924 : Dor., 7, 78, qui n'admet l'obligation de prouver la faute qu'à raison d'un cumul d'une clause d'exonération et d'une clause poids inconnu.

(6) V. G. Ripert, Dr. Mar., t. II, n. 1779, p. 730. — V. notamment au cas de conflit entre la clause « qualité, quantité, poids inconnus » et la clause « in apparent good order and condition », Ap. Bruxelles, 8 mai 1924 : Dor., 7, 89, qui admet l'effet de la première stipulation.

décidant que le capitaine est tenu d'indiquer les circonstances de la perte, refusant de tenir compte de la clause si le manquant est trop important (7), mais ces décisions que l'on retrouve presque semblables en matière des clauses limitatives de responsabilité sont certainement erronées.

83. — La situation est assez différente quand on se trouve en présence d'une clause par laquelle le créancier reconnaît l'exécution par le débiteur de son obligation.

Les notaires stipulent généralement, quand ils veulent se décharger du devoir de conseil que leur impose la jurisprudence, (1) que les parties se sont présentées devant eux pour établir des conventions, « directement arrêtées entre elles, sans leur secours et leur participation ». La jurisprudence n'admettant pas en ce cas

La pratique a révélé un procédé commode de constatation de l'état matériel du chargement : sa vérification lors du chargement et du déchargement par des agents assermentés. — V. Ap. Alexandrie, 29 janvier 1930 : Dor., 1930, 1, 218.

(7) Com. Le Havre, 20 juin 1927 : Rec. Le Havre, 1928, 1, 235. — Com. Le Havre, 23 mars 1926 : Rec. Le Havre, 1926, 1, 155.

(83-1) Sur la responsabilité notariale, v. en dehors des ouvrages généraux, R. Savatier, Rép. gén. Prat. Not. et Enregistrement, 1927, t. I, n. 21347, p. 165 à 177, Le devoir de conseil des notaires et la jurisprudence. — Sénamaud, Th. Poitiers, 1924 (38). — Boyer, Th. Lyon, 1919 (6). — René Chossegros, Du rôle de conseil des notaires, p. 173 et s. — Pierre Dufraisse, De la responsabilité du notaire conseil des parties, Th. Paris, 1912; — et 3 études de M. Oswald Cambron, Du notaire considéré comme conseil légal des parties, — des devoirs résultant de cette qualité et de la responsabilité qui en découle : Belg. Jud., 1926, 546. — La responsabilité civile et professionnelle des notaires : Belg. Jud., 1927, 386. — Des clauses préventives usitées dans la pratique notariale belge et française en vue d'écarter la responsabilité du notaire instrumentant : Belg. Jud., 1928, 130.

que leur responsabilité soit dégagée (2) (même en dehors de toute convention simulée) (3), et les obligeant néanmoins à conseiller les parties, les notaires stipulent fréquemment qu'ils ont satisfait à l'obligation qui leur est imposée, qu'ils ont averti les parties du caractère et des conséquences de l'acte. Cette clause ne saurait faire de difficultés et la partie lésée peut toujours l'attaquer si le notaire n'a pas véritablement exécuté son obligation. La convention est alors simulée et la preuve de ce vice peut être faite par tous les moyens de preuve (4). La clause n'a donc d'autre effet que de créer une certaine présomption de régularité de l'acte au profit du notaire, mais sa responsabilité n'est dégagée que s'il satisfait à son devoir professionnel (5). Peu importe donc que la clause soit stipulée dans l'acte même ou dans une convention séparée, elle n'a pas plus de valeur dans un cas que dans l'autre (6).

(2) Civ., 21 juillet 1921, Gardien : S. 1922, 1, 172. — Req. 6 juin 1894 : S. 1895, 1, 395. — Req., 17 juillet 1872 : D. P. 1873, 1, 87 - S. 72, 1, 386. — Nice, 3 mars 1926 : Rép. Gén. Not. Enregistr., art. 21194. — Toulouse, 24 mars 1879 : D. P. 1879, 2, 244. — Paris, 27 août 1852 : S. 52, 2, 550 - D. P. 1854, 2, 75. — Seine, 25 janvier 1842 : J. N. 11249, p. 146.

(3) A plus forte raison en est-il ainsi si l'acte est simulé (Paris, 15 mars 1895 : S. 96, 2, 265. — Paris, 30 mars 1898 : S. 1899, 2, 39).

(4) Sur la simulation, Cf. Aubry et Rau, t. VI, § 447, note 38 *quinquies* de M. Bartin et t. XII. — David, La simulation, Th. Poitiers, 1921 (27), p. 103 et s.

(6) L'irresponsabilité est évidemment réalisée si, après les conseils du notaire, les parties ont délibérément passé outre (Civ. Bruxelles, 26 avril 1887 : Pas. b., 1887, 2, 259. — Gand, 20 février 1897. — Bruxelles, 5 novembre 1906 : Belg. Jud., 1898, col. 357, et 1906, col. 1404).

(7) Cette tentative de validation de l'acte par un acte séparé est surtout inspirée par le désir d'échapper à la règle qui interdit aux notaires de stipuler à leur profit dans un acte intéressant des tiers. — Si certains auteurs ont tenté d'expliquer ainsi la jurisprudence, la

Ces conventions peuvent d'ailleurs se rencontrer en dehors du domaine du droit civil et de la responsabilité. L'administration militaire permettant à un officier non aviateur d'effectuer un vol en avion, lui délivre une autorisation aux termes de laquelle, elle autorise le passager à prendre part à un vol, mais décline toute responsabilité en cas d'accident survenu au cours de ce vol accompli volontairement. Par cette déclaration, l'officier n'est plus censé se trouver en service commandé et la responsabilité de l'Etat en est transformée.

majorité de la doctrine repousse cet essai. La loi n'interdit au notaire que d'être partie à un acte qu'il passe, mais non d'insérer certaines propositions qui le concernent (V. Sénamaud, *op. cit.*, p. 133, et l'arrêt de Paris, 17 janvier 1908, analysé. — O. Cambron, B. *Jud.*, 1928, col. 133. — MM. Boyer et Chossegros, *op. cit.*, 183, paraissent au contraire croire à l'efficacité d'une stipulation par acte séparé).

Le notariat ne saurait donc décrire avec trop d'exactitude la forme et le contenu des conseils donnés aux parties.

II

Notions limitant en matière contractuelle le droit
pour un débiteur de déterminer les conditions
d'existence de sa responsabilité

84. Dénaturation du contrat. Dénaturation de la clause.

84. — De la diversité des solutions rendues par la jurisprudence, deux idées déjà rencontrées dans la précédente section peuvent être dégagées.

En premier lieu, la volonté des parties ne peut aller si loin dans la destruction du lien obligatoire qu'elle en ruine complètement la valeur.

D'autre part, et en supposant la clause licite, l'utilisation qui doit en être faite doit répondre à la bonne foi contractuelle.

Dénaturation du contrat, dénaturation de la clause, telles sont donc les deux idées qui doivent maintenant recevoir un examen plus complet.

CHAPITRE PREMIER

DENATURATION DU CONTRAT ET MAINTIEN
D'UN MINIMUM CONTRACTUEL

85. Position du problème. Etude de la gravité de l'atteinte portée à un élément essentiel du contrat. — A) 86) *Destruction du consentement*. Obligation sous condition potestative. Constitution d'un droit personnel contre le débiteur ou réel contre sa chose. 1° Clauses insérées dans le contrat de vente. — 87) Clause d'exploitation régulière de la mine. — 83) Clause d'exonération des dommages causés par les lapins. — 2° 89) Clauses insérées dans le contrat de bail. — 3° 90) Clauses insérées dans le contrat de dépôt. — B) 91) *Destruction de l'objet de l'obligation*. L'arrêt Ch. de commerce du Havre c. Currie. L'arrêt Compagnie Générale Transatlantique c. Soc. des Usines Renault. — C) 92) *Réduction du problème de la dénaturation du contrat à celui de la destruction de la cause*. — 93) Limitation par cette notion du droit de déterminer l'étendue de certaines obligations professionnelles. — 94) Limitation par le législateur et l'ordre public, de s'affranchir de certaines obligations : contrat de louage de travail, contrat d'assurance, contrat de transport terrestre (impossibilité de destruction de l'obligation de sécurité).

85. — On n'a pu manquer d'être frappé lors du dépouillement jurisprudentiel de l'attitude très différente de la jurisprudence selon les conventions décrites : elle en reconnaît tantôt la pleine validité, et tantôt leur est nettement défavorable. Est-il suffisant de voir dans ces solutions divergentes l'influence de pures circonstances de fait ou n'y a-t-il pas une idée centrale qui permet de relier et d'expliquer ces anomalies apparentes ?

Il apparaît alors certain, que la gravité de l'atteinte portée au contrat constitue un élément décisif dans l'appréciation de la validité de la convention et qu'il faut

pour en décider, déterminer la répercussion que produit l'insertion de la clause, sur l'ensemble de l'édifice contractuel.

Quand on aborde de ce point de vue le problème, une grande division faite, sinon par les jurisconsultes de Rome, du moins par les romanistes modernes, et en partant des textes traditionnels, ne permet-elle pas d'entr'apercevoir la direction dans laquelle doivent être entreprises les nouvelles recherches : il s'agit de la distinction entre les « essentialia, naturalia, accidentalia contractus » (1).

Par la première expression, on entend qu'il existe dans tout contrat, des éléments lui donnant son caractère spécifique. Seuls ils sont nécessaires, mais ils sont également indispensables pour que de leur réunion puisse naître une action. Les éléments naturels sont, par l'effet de la bonne foi, rattachés au contrat par interprétation de la volonté des parties, et jusqu'à démonstration de leur intention contraire : il en est ainsi de la garantie d'éviction (2). Quant aux éléments accidentels, ils constituent des pactes adjoints, des accords de volonté sans forme sur un objet d'intérêt juridique, mais ne sont pas munis d'action, ne créent pas d'obligation (Ulp., D., 2, 14, 7).

Si l'on délaisse cette dernière classification propre à la conception romaine du lien obligatoire, les deux premières distinctions sont d'un intérêt certain. On comprendrait, en effet, que si les parties sont obligées de respecter les premiers éléments sous peine de détrui-

(85-1) V. Mainz, Dr. Romain, t. I, n. 454, et les textes cités. — Girard, 8^e éd., p. 576, note 2.

(2) Ulp : D. 21, 1, *De aed ed*, 31, 20 « *ea quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire* », — et D. 19, 1, *de e. v.*, 11, 1, « *si nihil convenerit tunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt hujus iudicii potestate.* »

re le contrat, ils puissent, au contraire, librement supprimer ce qui n'est que conséquence accessoire, découlant d'une présomption de leur volonté. Il ne faudrait pourtant pas interpréter de façon aussi rigoureuse la notion d'éléments essentiels d'un contrat. Les parties peuvent porter une certaine atteinte à l'un d'eux sans que le contrat se trouve altéré : elles ne peuvent même substituer un type de contrat à un autre : pour qu'une impossibilité apparaisse, il faut qu'une atteinte grave soit portée à l'obligation en l'un quelconque de ses éléments : consentement, objet, cause : ce sont de ces trois points de vue que, successivement, doit être envisagé le problème.

86. — Il est à peine utile de rappeler l'obligation de maintenir dans le contrat l'élément du consentement, tellement serait anormale une telle situation. Les contractants ne l'ont jamais exclu, même sous la forme détournée d'une condition purement potestative de la part du débiteur. Tout au plus a-t-on pu rencontrer des cas très voisins dans lesquels l'interprétation unilatérale du contrat par le débiteur lui imprimait ce caractère.

Pourtant, le problème se présente, mais de façon plus insidieuse, à propos, par exemple, des ventes de terrains appartenant à des sociétés minières et dans lesquelles celles-ci se réservent la faculté de continuer l'exploitation de la mine, sans verser de dommages-intérêts pour les détériorations causées à la surface.

Quand une convention de ce genre intervient entre personnes qui ne sont tenues d'aucun contrat, le problème ne fait guère de difficultés : il se ramène à la possibilité pour un individu de se constituer un droit personnel, ou réel sur la chose d'autrui : l'acte illicite antérieurement, devient licite de ce fait. Mais entre personnes qui ont été ou sont encore engagées dans des

liens contractuels et pour la constitution de droits relatifs à l'objet du contrat, la solution est beaucoup plus délicate, car, dans cette mesure, le maintien direct ou indirect d'un droit sur un bien appartenant ou ayant appartenu au débiteur peut détruire l'existence même du contrat : quelques exemples permettent la vérification de cette idée.

87. — Le vendeur peut se réserver d'accomplir certains actes sur la chose vendue : ils constitueront l'exercice d'un droit personnel ou réel selon ses caractères juridiques objectifs et l'intention des parties. Un droit d'usage, d'habitation, de servitude, peuvent ainsi être reconnus. Ce dernier exemple est particulièrement intéressant : il a donné lieu à une vive controverse en doctrine et en jurisprudence, relative à l'analyse juridique de la clause employée par les sociétés minières (1).

Que l'acte tombe sous la prohibition de l'art. 1628 qui interdit de convenir du dol du vendeur, on ne peut le nier. Mais, à vrai dire, une telle clause sort même du domaine de l'art. 1628 et présente une physionomie différente de la clause de non-garantie d'éviction : d'abord parce qu'elle n'est pas à proprement parler relative à l'éviction et que le vendeur reste garant de son

(87-1) Sur cette question, v. particulièrement Planiol, Ripert et Maurice Picard, *Tr. Prat.*, t. III, n. 542, p. 525 et s. — F. Génys, *Revue Bourg. de l'Ens. supér.*, t. VII, 1897, p. 151 et s. — *Rev. de Lég. des Mines*, 1897, 4, note P. fr., 1900, 1, 241. — Tissier, note S. 1901, 1, 497. — Lesourdier, Responsabilité du propriétaire du trésors vis-à-vis du propriétaire de la surface : *Rev. Trim.*, 1906, p. 596 et s. — Guérin, De l'affranchissement de responsabilité de la mine à l'égard de la surface, *Th. Dijon*, 1899. — Lepargneur : *Rev. Trim.*, 1924. — V. pour la jurisprudence antérieure à l'arrêt de 1900, Planiol, Ripert, Maurice Picard, *Tr. Prat.*, t. III, p. 525, note 6. — *Adde* Douai, 30 juin 1913 : *Rev. Lég. Mines*, 1913, 331 — *Rec. Gaz. Trib.*, 1913, 2, 2, 342. — Liège, 2 juillet 1912, *op. cit.*, p. 116.

défaut de droit, ensuite parce qu'elle présente un caractère réel étranger à la clause de non-garantie. L'indépendance de cette stipulation par rapport à l'art. 1628 a d'ailleurs été affirmée par la Ch. civile, dans une espèce où la clause avait été stipulée par une société acquéreuse de terrains et où l'on ne pouvait évidemment parler de limitation des obligations du vendeur (2).

Si la société venderesse cesse d'être responsable, ce n'est qu'indirectement, par voie de conséquence et par suite du droit qui lui a été reconnu. Il ne reste, dès lors, qu'à analyser ce droit, en écartant au préalable une difficulté inéluctable.

Si la prérogative conférée au vendeur ne peut être rangée dans une des catégories de droits réels organisés par la loi, pourra-t-on néanmoins en reconnaître l'existence? Les contractants peuvent-ils, par leur volonté, créer un droit réel conventionnel? (3) L'obstacle ne réside peut-être pas ici dans l'inopposabilité du titre. Transcrit en fait en même temps que l'acte de vente dans lequel il se trouve inclus, le droit créé par les parties bénéficie de la même publicité, de la même opposabilité à l'égard des tiers. Le point délicat vient surtout de ce que le droit s'exerce sur la chose d'autrui, et que, par son caractère perpétuel, il tombe sous la prohibition de l'article 686 C. civ. s'il ne rentre dans ses prescriptions. Si le service ne profite pas à un fonds et n'est pas imposé à un fonds, qu'importe de reconnaître d'une manière générale le principe de création conventionnelle des droits réels.

Le droit de poursuivre l'exploitation régulière de la

(2) Civ., 18 juin 1879, Avril : S. 1879, 1, 449.

(3) Sur la possibilité de création conventionnelle de droits réels, Cf. Planiol, Ripert et Maurice Picard, Tr. Prat., t. III, n. 48, p. 52 et s. — F. Gény, Rev. Bourg. de l'Ens. sup., 1897, p. 184 à 188, note P. fr., 1900, 1, 241. — G. Ripert, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Th. Aix, 1902, p. 178.

mine sans payer de dommages-intérêts, rentre heureusement dans la donnée de l'article 686, puisqu'il profite directement à l'exploitation qu'il rend possible et pèse directement sur un fonds. La démonstration de cette proposition a été apportée de façon décisive par M. Géný dans sa note sur l'arrêt de la Cour de cassation, dans lequel cette juridiction a pris parti sur la nature juridique de cette convention (4).

La solution de l'arrêt est assez étrange. Par une première considération, il semble décider que la convention n'a pour effet que la création d'un simple droit personnel : « Attendu que l'auteur ne transmet à l'acquéreur que les droits qu'il avait lui-même, que l'acquéreur, en ce qui concerne la chose aliénée est en conséquence soumis aux mêmes charges et obligations que son auteur. » Puis, notant que les droits personnels ne se transmettent pas, la Cour reprenant la formule classique d'Aubry et Rau (5), indique qu'il en est autrement. « lorsque ces obligations ont pour effet de restreindre ou de modifier le droit transmis ou qu'elles forment la condition nécessaire de son exercice ». Comme les parties avaient précisé que l'absence de dommages-intérêts était une condition essentielle de la vente, l'arrêt a dû reconnaître la transmissibilité passive de la charge à l'acquéreur à titre particulier. Mais, par là, l'idée d'obligation personnelle disparaît pour faire place à un droit réel, pesant sur l'immeuble. La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs dans une autre formule, que la convention a eu pour conséquence « une renonciation à un des attributs du droit de superficie ».

(4) Req., 12 décembre 1899, Gouthière : P. fr., 1900, 1, 241, spécialement, p. 243, 2^e col. à 245, 1^{re} col., et la note de M. F. Géný : D. P. 1900, 1, 361 - S. 1901, 1, 497, note Tissier.

(5) Aubry et Rau, t. II, § 176 *bis* et note 2, 5^e éd., p. 103.

En précisant davantage, on doit aller jusqu'à reconnaître l'existence d'une servitude (6).

L'interprétation donnée à la clause permet de mieux déterminer ses rapports avec celles qui visent l'exonération de responsabilité au sens strict (7). Superficiellement, les deux théories présentent cependant une certaine ressemblance. De même que la clause rencontrée en matière minière cesse de produire effet dès qu'une faute est relevée à l'encontre des exploitants, la clause d'exonération, d'après un système général, est soumise au même régime. Il n'y a pourtant, entre les deux situations, qu'une similitude de fait d'où l'on ne peut conclure à une identité de nature. Des raisonnements différents justifient chaque solution : dans la clause insérée à l'occasion de la vente d'un terrain, l'inefficacité de l'irresponsabilité au cas de faute prouvée, découle des termes mêmes du contrat. L'exonération de responsabilité a été stipulée pour les dommages résultant de « l'exploitation régulière », c'est-à-dire normale, correctement conduite : la démonstration d'une faute lui enlève ce caractère. Mais il n'en reste pas moins que dans la mesure autorisée au contrat, le concessionnaire

(6) Comme le remarque M. F. Géný, *op. cit.*, la formule de l'arrêt laisse en effet place à une précision juridique plus grande.

On pourrait encore tenter une autre analyse que celle présentée au texte en suivant l'opinion de M. Géný. Si la constitution d'un droit réel présente des difficultés quand il s'agit d'une création originale, il n'en est pas de même dans les cas où les contractants se bornent à démembrement un droit existant antérieurement : c'est peut-être dans le sens d'un démembrement du droit de superficie que l'on pourrait trouver une autre explication de la jurisprudence.

V. également pour l'analyse en un droit réel *sui generis*, Dijon, 30 décembre 1896 : D. 1898, 2, 100. — V. dans la note de M. F. Géný, les conséquences différentes de celles de la servitude découlant de cette conception.

(7) V. pourtant en faveur de l'assimilation des deux clauses, Le-sourdier, *op. cit.*, p. 597-598. — Liège, 14 décembre 1898 : Rev. Lég. Mines, 1899, 300.

peut impunément commettre des actes qui eussent engagé sa responsabilité en l'absence de clause. Au contraire, la preuve imposée au créancier dans les clauses de non-responsabilité s'expliquerait par la permanence d'une responsabilité délictuelle d'ordre public, après la disparition d'une responsabilité contractuelle. Au régime de la faute démontrée (art. 1147) se substituerait sur un terrain différent, celui de la faute prouvée (art. 1382).

Cette différence d'explication amène à serrer de plus près les rapports existant entre les deux clauses.

D'après une partie de la jurisprudence, la clause d'exonération aurait pour effet d'affranchir le débiteur de ses fautes légères prouvées. La solution est peut-être discutable en ce domaine : elle est certainement inadmissible aux termes de la convention relative aux mines.

Mais la tentative de ramener cette dernière stipulation à une clause de non-responsabilité se heurte à un obstacle plus sérieux.

La responsabilité dont s'affranchit la compagnie minière repose, d'après la jurisprudence, et quelles que soient les sous-distinctions proposées par la doctrine (abus de droit, relations de voisinage, obligation légale) (8) comme une conséquence de l'article 1382 C. civ. La mine est, par le fait même du dommage causé, responsable délictuellement : la clause minière écarterait donc une responsabilité délictuelle. On rencontre précisément alors l'argument qui justifiait plus haut le renversement de la preuve dans les clauses de non-responsabilité, à savoir que la responsabilité délictuelle touche à l'ordre public. La contradiction entre les deux clauses apparaît ici manifeste. Au surplus, le fait que les

(8) V. sur ce point. Planiol, Ripert, Picard, *Tr. Prat.*, n. 540, p. 523.

deux parties ont été contractantes n'empêche pas que leur situation soit très voisine de celle d'individus qui n'ont jamais été unis par les liens du contrat ; et prétendrait-on que la convention par laquelle un propriétaire reconnaît à un autre le droit de faire un acte matériel sur sa propriété s'analyse en une clause de non-responsabilité au sens strict ?

Aussi bien, et si l'on pousse plus loin le rapprochement, deux traits nouveaux rendent la comparaison encore plus inexacte.

La clause de non-responsabilité a pour effet d'affranchir le débiteur du risque de ses fautes : elle ne le met pas à couvert d'un dommage causé en connaissance de cause. L'exploitation minière se continue au contraire conformément à la clause. Enfin, la convention peut, d'après l'intention des parties, présenter un caractère réel, complètement étranger à la clause de non-responsabilité. En réalité, toujours se retrouve l'idée que l'étendue des prérogatives reconnues à la propriété a été restreinte par la convention des parties.

88. — La même discussion pourrait être reprise au sujet des conventions passées entre propriétaires voisins pour s'affranchir de l'obligation de réparation, que la jurisprudence impose dans tous les cas où les dommages causés par le gibier excèdent la mesure normale des inconvénients de voisinage. Le propriétaire est en faute dès qu'il ne ramène pas la gêne à sa mesure habituelle par des moyens appropriés.

La convention d'exonération présente en cette matière des particularités, qui la différencient de la clause insérée dans les ventes de terrains miniers... On doit, en principe, dénier au droit qui en résulte, un caractère réel. En fait, ne constituant généralement pas un élément d'un acte soumis à publicité, la convention ne satisfait pas à cette dernière exigence, imposée pour la

création d'un droit réel. En droit, elle rentre plus difficilement que la première dans la notion de servitude, car le profit qu'en retire le prétendu fonds dominant ne se rattache pas directement à son exploitation (1). De plus, et dans l'intention des parties, condition nécessaire de la constitution d'un droit réel, elle semble manquer du caractère perpétuel.

Toutes ces considérations prennent un caractère plus grave encore, si l'on suppose que les propriétaires voisins sont dans les relations d'acheteur et de vendeur. Le trouble causé peut être tel, qu'il détruise la jouissance paisible de la chose vendue. Le droit créé par la convention ne revêtira donc, en principe, qu'un caractère purement personnel, intransmissible aux ayants cause à titre particulier de l'acquéreur.

On pourrait douter de cette solution quand, dans le contrat primitif, il a été stipulé que la suppression des dommages-intérêts constitue un élément essentiel de la vente. On retrouverait alors l'interprétation donnée dans ce cas par la Cour de cassation à la formule d'Aubry et Rau, et d'où elle a dégagé en matière minière la transmissibilité du droit. Mais, en ce dernier cas, il était possible de relever la volonté des parties d'engendrer un droit perpétuel. La conception juridique de servitude ne servait qu'à vêtir cette manifestation d'une construction adéquate : elle n'intervenait « que pour confirmer et appuyer la solution suggérée par la nature des choses, et commandée par le principe de la liberté des contrats » (2). Cette circonstance peut se reproduire pour l'exonération des dommages causés

(88-1) Cpr. pour les réserves du droit de chasse ou de pêche. Planiol, Ripert, Picard, *Tr. Prat.*, III, n. 948, p. 879, les hésitations de la jurisprudence.

(2) F. Géný, note sur l'arrêt Gouthière, p. 245, 1^{re} col.

par le gibier; en fait, elle sera le plus souvent défail-lante (3).

89. — La complexité de ces conventions croît encore pour le louage de choses.

Une fois la vente parfaite, les deux contractants deviennent des étrangers, et il faut un fait anormal pour que les liens juridiques qui les unissent apparaissent. Dans le bail, des relations permanentes existent, qui facilitent la création de conventions particulières, mais les rendent infiniment plus délicates.

Il est, dans le contrat de bail même, toute une série de stipulations dont la validité n'est pas douteuse. Ce sont celles qui font participer le bailleur à l'activité du locataire, qui obligent, par exemple, celui-ci à partager avec le premier les produits de la terre, le croît des animaux. Il n'y a là qu'un règlement du prix de location conforme aux règles du Code civil, mais n'apportant aucune modification aux droits de jouissance du fermier. Les juges du fond auront seulement à rechercher dans quelle mesure les contractants se sont soumis à l'un ou l'autre des types de bail à ferme réglementés par le Code.

L'atteinte aux droits du preneur apparaît pourtant déjà dans une hypothèse réglée par la loi. L'article 1717 C. civ rattache le droit de sous-louer à la jouissance reconnue sur la chose louée. Le bailleur peut radicalement supprimer ce droit, et les tribunaux doivent s'incliner devant cette diminution de l'étendue des droits du locataire, mais si le propriétaire autorise cette faculté, il ne peut la détruire par des voies détournées. Aux termes d'une jurisprudence constante, il ne peut,

(3) Cpr. Req., 12 mai 1886, De La Rochefoucault : D. P. 1887, 1, 323.

bien qu'il s'en soit réservé le droit, refuser à son gré, sans motifs légitimes, la présentation qui lui est faite d'un sous-locataire (1). Le refus systématique du bailleur est injustifié. Si les tribunaux avaient admis une telle liberté de la part du bailleur, l'exercice juridique de la jouissance du preneur aurait dépendu de la pure volonté du premier. Plutôt que de consacrer ce droit, qui aurait imprimé un caractère potestatif au contrat, la jurisprudence a préféré recourir à l'intention des parties et à la notion d'abus de droit pour en limiter la portée. Ainsi se dégage une idée nouvelle : les contractants peuvent, dans certains cas, restreindre les obligations du débiteur, mais s'ils les maintiennent ils ne peuvent en fait les réduire à néant.

Les observations que l'on a pu faire au sujet de la jouissance juridique — du droit de transférer à un tiers les avantages du bail — se retrouvent quant à la jouissance matérielle. Ainsi, quand le propriétaire se réserve le droit de faire des réparations à l'immeuble loué, leur importance et leur longueur ne peuvent être anormales. Les tribunaux interdisent au propriétaire tout abus, comme contraire à l'intention des parties, l'obligeant à interrompre les travaux (2), le condamnant à dommages-intérêts (3), consacrant le droit du

(89-1) Req., 12 juin 1929, Villejean : Gaz. Pal. 1929, 2, 419. — Req., 16 novembre 1927 : D. P. 1928, et le rapport de M. le conseiller Bricout - Gaz. Pal. 1927, 2, 848. — Paris, 22 novembre 1928, Weill-Mantou : Gaz. Pal. 1929, 2, 421 s., note a. — Angers, 20 décembre 1928, Quenion : Gaz. Pal. 1929, 2, 422 s., note d. — Cpr. Alger, 7 mars 1928, Lang : Gaz. Pal. 1929, 2, 422 s., note c.

V. L. Jossierand, *Mobiles*, t. I, n. 129, p. 166 : D. P. 1923, 2, 169. La thèse de l'abus des droits appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1929, 472-2.

(2) Trib. Seine, 23 février 1926, de Watteville : Gaz. Pal. 1926, 2, 18 - Gaz. Trib., 16 septembre 1926 - Rec. 1926, 2, 603. — Paris, 19 juillet 1895, Thomé : S. 1897. 2, 27.

(3) Civ. Seine, 9 juin 1915, de Mantacheff : Gaz. Trib. 20 août

locataire de déménager sans indemnité (4). Ils évitent comme précédemment de reconnaître plein effet à la clause, interprétation qui les obligerait à annuler en même temps le contrat comme empreint d'un caractère potestatif. Il ne semble pas en être de même quand la clause est formelle et permet de troubler à volonté le preneur. Un arrêt de la Cour de cassation l'a décidé (5), mais en termes assez embarrassés, dans une espèce où le locataire devait renoncer à former, pendant tout le cours du bail, aucune réclamation en dommages-intérêts contre le bailleur, « à intenter contre lui aucune action quelconque, devant quelques tribunaux ou cours que ce soit, pour quelque cause que ce soit. ». La Cour déclare « que cette clause insolite n'est pas seulement modificative ou restrictive des obligations imposées par la loi au locataire, mais qu'elle l'affranchit de tout engagement, de toute responsabilité, même de la responsabilité de ses faits personnels; qu'une semblable stipulation étant en opposition manifeste avec les règles essentielles du contrat de louage et même avec le principe de tout contrat », c'est avec juste raison que la nullité en a été prononcée.

Bien qu'il n'y ait pas eu de nullité du contrat, parce que ni l'une ni l'autre des parties ne l'avait demandée, les considérants sont assez nets pour permettre de conclure à la solution de la cour : absence de consentement

1916 - Rec. 1916, 252. — Trib. paix Paris, 24 décembre 1924, Rachel : La Loi, 25 février 1925.

(4) Civ. Seine, 23 février 1926, de Watteville, précité.

(5) Req., 19 février 1863, Cohen-Scali : S. 1863, 1, 185. — Rapp. Civ. Seine, 9 juin 1915, de Mantacheff, précité; — et Civ., 13 juillet 1885 : S. 1885, 1, 409, note Labbé, pour l'interdiction de la part de l'ouvrier de former une action en responsabilité contre son patron. Ainsi que le note Labbé, une déchéance ne peut être attachée à l'exercice régulier et de bonne foi de l'action en justice.

valable, d'objet, de cause, ces trois idées se mêlent incessamment dans l'argumentation précédente.

Par contre, il est licite de faire dépendre la résiliation du bail de prétentions du locataire reconnues mal fondées par les tribunaux. La Cour de cassation a reconnu que dans ce cas, les obligations du bailleur n'étaient nullement diminuées, ni le droit du preneur d'en exiger l'accomplissement (6).

Il est d'ailleurs possible, en matière de bail, d'imaginer une clause inverse : ce serait celle qui permettrait au preneur, de faire sur la chose louée tous les changements qu'il lui plairait de faire. La pratique montre d'ailleurs surtout des conventions moins brutales; l'autorisation du bailleur est la condition de la modification des lieux; qu'elle lui soit antérieure ou concomittante (7). Si la clause était générale, sa validité ne devrait pas être niée *à priori*. Alors que la première convention détruisait toute situation juridique puisqu'elle en excluait le locataire, la seconde implique au contraire des rapports nécessaires. Mais les droits reconnus au preneur paraissent exorbitants et il faudra de ce point de vue examiner le contrat pour voir si les parties n'ont pas sous une qualification inexacte constitué un droit de nature différente : usage, usufruit, ou même opéré un transfert de propriété.

Les contrats de baux ruraux contiennent enfin une clause de ce genre par laquelle le propriétaire d'un fonds giboyeux stipule de son fermier qu'il ne devra aucuns dommages-intérêts pour les dommages causés aux plantations et récoltes (8). La validité de cette

(6) Req., 23 juin 1873, Boitelet : S. 1873, 1, 304.

(7) V. Civ., 27 janvier 1930 : Gaz. Pal. 1930, 1, 533, pour une clause d'exonération des dégâts causés par le gibier et le chasseur.

V. Trib. paix Fécamp, 29 novembre 1929 : Rec. Rouen, 1930, 1, 58 - Gaz. Pal. Som., 1930, 1, 73.

(8) Cass., 7 mars 1928 : Gaz. Pal. 1928, 2, 157.

clause qui a déjà semblé discutable entre étrangers, semble encore plus douteuse entre fermiers, et la loi du 10 mars 1930 a pu annuler avec assez de raison toutes les clauses de ce genre insérées dans les baux.

90. — On pourrait, à propos d'un dernier contrat, le dépôt, imaginer aussi des conventions autorisant le dépositaire à faire certains actes sur la chose déposée; la nullité du contrat ne s'ensuivrait nullement. Mais il serait possible qu'en fait la remise de la chose soit inspirée par une cause différente. Selon les cas, un prêt à usage, une libéralité pourraient être décelés. Ce n'est que dans l'impossibilité de valider le contrat conformément à l'intention des parties que sa nullité devrait être prononcée. Est-il besoin d'ajouter que tous les types de conventions précédentes ne sauraient être confondus avec des clauses de non-responsabilité au sens strict : le créancier valide en effet des actes dommageables volontairement commis par son débiteur, fait certainement prohibé sous le régime des clauses d'exonération.

91. — L'examen de ces clauses particulières dans trois contrats très simples touche autant à la destruction de l'élément de consentement qu'à l'élément objet de l'obligation. C'est même parce que ce dernier est détruit que le consentement disparaît. L'étude précédente nous permet ainsi de marquer de ces deux points de vue un premier résultat dans l'analyse de ces conventions, et relève la complexité des problèmes qu'elles posent : problème de droit, de savoir si par leur nature, elles touchent ou non à un élément essentiel du contrat ; problème de fait, quand il s'agit de déterminer si, d'après leur gravité, en intensité et en durée elles détruisent une obligation essentielle ; problème de droit enfin et à nouveau pour examiner si la destruction d'une

obligation essentielle n'en altère pas la cause, et si le contrat n'est pas validé sous un angle nouveau. Il faut donc qu'il y ait contradiction formelle entre le contenu du contrat et l'allègement des obligations du débiteur pour que la nullité puisse être déclarée.

La Cour de cassation eût pu, dernièrement, dans un curieux arrêt, appliquer cette sanction. Un vol avait été commis dans les hangars de la Chambre de commerce du Havre au préjudice des sieurs Currie, consignataires (1), et partant responsables à l'égard de leurs réclamateurs. Poursuivis par ceux-ci, Currie et Cie intentèrent une action en responsabilité contre leur dépositaire. Or, le cahier des charges de la Chambre de commerce du Havre décharge celle-ci de la garde et de la conservation des marchandises déposées, et déclare qu'aucune responsabilité ne pèse sur elle pour le dommage provenant de son fait ou de celui de ses agents. Retenant ce dernier membre de phrase, la Cour d'appel appliqua au différend le système des clauses d'exonération de responsabilité, obligeant le créancier à prouver la faute de son débiteur dans la garde de la chose.

Cette méthode d'interprétation était certainement erronée et la Cour de cassation n'y a fait qu'une discrète allusion. Si l'on relève en effet l'absence de sur-

(91 - 1) Req., 24 juin 1929, Ch. Com. du Havre : S. 1930, 1, 6. L'arrêt de Rouen, le jugement du Havre sont inédits. — V. également. Cass., 9 novembre 1915 : S. 1921, 2, 1, sous note, dans lequel le gardiennage de l'objet déposé n'était fait qu'à titre de bons offices et sans principe d'obligation. L'arrêt se borne à casser la décision qui avait engagé la responsabilité du dépositaire, sans préciser nettement sa faute. Il semble qu'en ce cas, on se trouvait plutôt en présence d'une clause limitative des obligations que d'une clause d'exonération. Le débiteur pouvait, de lui-même, s'abstenir d'une diligence très étendue : seule une faute grave aurait engagé sa responsabilité.

veillance comme constitutive de faute, on se heurte à la loi du contrat qui dispense le dépositaire de cette obligation. Sur le plan des clauses de non-responsabilité et de ce point de vue, la Chambre de commerce était inattaquable. L'arrêt de la Cour de Rouen et plus encore, celui de la Cour de cassation, s'ils n'ont pas franchement aperçu cette impossibilité, ont du moins allégué d'autres faits comme constitutifs de faute. Et le grief imputé au dépositaire fut d'interdire au déposant la surveillance de la chose. La Cour de cassation ajoute même que cette interdiction, non prévue au règlement, impose à la Chambre de commerce d'assurer elle-même la conservation des marchandises. Mais cette proposition est contestable, puisque le débiteur s'était expressément affranchi de cette obligation. Il suffit ou de considérer l'interdiction adressée au déposant, comme contraire au contrat et constitutive de faute, ou de dire que le fait de laisser les marchandises sans surveillance aucune constitue un exemple typique de destruction du lien obligatoire, entraînant la nullité du contrat. Il est de l'essence du contrat de dépôt non seulement que la chose soit remise au déposant, mais aussi que des soins soient pris en vue de sa conservation (2). Le dépositaire peut s'en décharger, mais il ne peut aller jusqu'à interdire à son cocontractant de se substituer à lui pour exécuter cette obligation : c'est sur ce terrain qu'auraient dû se placer nettement les arrêts (3); c'est cette idée qui explique la proposition précédente de la Cour de cassation.

(2) Rapp. Civ., 9 décembre 1930, Soc. d'électricité Ouest-Lumière c. Moulin : D. H. 1931, 35, qui oblige le patron envoyant ses ouvriers exécuter un travail pour lequel ils doivent abandonner leurs vêtements de ville à prendre les dispositions nécessaires pour mettre leurs effets à l'abri du vol. Cet arrêt semble se rattacher plutôt à la création d'une nouvelle obligation issue du contrat de travail.

(3) L'idée est d'ailleurs assez avouée dans les motifs et considérants

Un dernier exemple enfin, emprunté au contrat de transport maritime. L'obligation de délivrance en est l'obligation essentielle; jusqu'à ce moment continue le contrat de transport, et l'on a vu antérieurement les conséquences de ce principe. En second lieu, aucune stipulation ne saurait en affranchir le débiteur. Jamais les transporteurs n'ont tenté d'y parvenir directement, mais la clause sous palan a donné lieu à des difficultés, et l'on sait avec quelle rigueur la jurisprudence exige la démonstration par le transporteur de son exécution au cas de remise en douane; le capitaine doit se ménager la preuve de l'accomplissement de cette obligation; toute clause qui l'en dispenserait serait frappée de nullité. Si le cas de clause expresse ne s'est pas rencontré en pratique, du moins la question a été longuement discutée en Italie à propos de la clause de non-responsabilité des faits du capitaine, que l'on a tenté d'annuler (comme on le fit en France pour la clause d'avaries insérée dans les tarifs spéciaux des chemins de fer), comme dispensant de l'obligation de délivrance; diverses juridictions ont parfaitement distingué ces deux hypothèses et décidé que la clause d'irresponsabilité ne modifie en rien l'étendue des obligations du transporteur (4). Par un arrêt récent (Compagnie Gé-

du jugement et de l'arrêt : « il résulte nécessairement de cette interdiction que la Chambre de commerce a le devoir d'assurer elle-même un service de gardiennage suffisant pour protéger contre les entreprises des voleurs les marchandises déposées... ; — Attendu que, si par l'art. 20 de son règlement, la Chambre de commerce est dispensée d'assurer la garde... des marchandises, aucune disposition... ne l'autorise à interdire aux intéressés d'exercer eux-mêmes cette surveillance ; que, dès lors, la Chambre de commerce, en interdisant le gardiennage de nuit a commis la faute de ne pas exercer elle-même cette surveillance. » (Com. Havre, 21 août 1925, inédit, confirmée en appel).

(4) Il en est de même pour la clause de non-responsabilité que l'on a tenté d'invalider comme dispensant d'une obligation essentielle du

nérale Transatlantique c. Société des Usines Renault), la Cour de cassation a montré la rigueur avec laquelle elle traite la clause de dépôt en douane (5), en déclarant qu'une telle convention ne dispense pas le transporteur de l'obligation de délivrance, acte final et essentiel du contrat de transport. Faute d'avoir surveillé lui-même la régularité de la délivrance, le transporteur commet une faute lourde qui le rend non recevable à opposer la clause de non-responsabilité. La clause de dépôt en douane sans préavis, apparaît ainsi dans le système de la Cour de cassation comme destructive du contrat, si le transporteur se dégage par là de son obligation de délivrance (6).

92. — On voit ainsi apparaître, qu'il s'agisse du consentement ou de l'objet, toute une série d'hypothèses dans lesquelles se produit une destruction du lien obligatoire. Mais on voit en même temps qu'il est presque impossible de formuler une règle générale qui y soit relative.

Quand on oppose les obligations accessoires et les obligations essentielles, ce n'est que d'un point de vue formel, pour indiquer que les unes sont expressément stipulées par les parties et les autres imposées par présomption de leur volonté. Mais ce n'est pas à dire qu'il n'y ait pas des éléments intrinsèquement secondaires dans le contenu exprès de la déclaration des deux volontés, ni que l'on ne trouve des éléments d'importance capitale dans la réglementation préexistante à laquelle

contrat (V. l'exposé de cette thèse dans Arbelet, *op. cit.*, p. 45 et s.). La distinction des obligations essentielles et accessoires prenait ainsi grande importance (V. par exemple, Sauzet, *Rev. Crit.*, 1883, p. 639. — Bonnet, *Rev. Crit.*, 1912, p. 419-420).

(5) Req., 19 juin 1929 : S. 1930, I, 11 - Dor., 21, 368.

(6) Cette interprétation est excessive et condamnée par la doctrine. V. notamment la note au *Rec. Dor.* précité.

les parties se sont soumises par leur silence. Il arrive un moment, où l'obligation accessoire, d'un point de vue formel, finit dans son altération par détruire toute notion de contrat. L'obligation de garantie peut être modifiée, le vendeur peut en réduire l'étendue, mais il est un point où elle n'apparaît que comme un reflet de l'obligation essentielle du vendeur de laisser jouir en paix l'acquéreur. Si l'on prend la question en faisant un raisonnement inverse, on voit que l'obligation du vendeur de ne pas troubler l'acquéreur est essentielle par sa nature, mais que la généralisation qui en a été faite a fini par le dissimuler.

L'intention des parties est seule déterminante et pour projeter cette notion sur le plan juridique, seule la cause du contrat permet de faire la discrimination nécessaire. Il n'existe pas, dans un contrat, d'obligation essentielle en soi, mais seulement celles que les parties ont qualifié implicitement comme telles, parce qu'elles dépendent du but qu'elles veulent atteindre. C'est encore la notion de cause qui permet d'apprécier si l'altération d'un contrat nommé ne va pas jusqu'à le transformer en un contrat d'un autre genre. C'est elle enfin qui marque la limite du pouvoir des contractants. Ceux-ci ne peuvent rien stipuler qui soit inconciliable avec la fin qu'ils recherchent. Et puisque celle-ci est l'élément essentiel du contrat, la nullité de la clause d'exonération ne doit pas retentir sur le contrat tout entier. Elle disparaît devant la volonté formellement exprimée sur l'objet principal. Seule l'incertitude sur l'importance respective des diverses stipulations, le doute sur l'intention de s'obliger aboutissent à l'annulation du contrat.

93. — On comprend alors, puisque c'est autour du but que veulent atteindre les parties et d'après leur plus ou moins grande connexité avec lui, que se classent

les diverses obligations nées du contrat, que le lien obligatoire soit particulièrement strict quand, par sa nature, le contrat implique une confiance réciproque entre les parties et quand le créancier doit, pour recevoir satisfaction, compter sur tous les soins du débiteur ; il en est effectivement ainsi lorsqu'il s'agit de certaines obligations professionnelles.

Le cas est particulièrement net pour l'exercice de professions particulières : le médecin, l'avocat, le notaire, ne peuvent restreindre l'étendue des soins auxquels ils sont obligés, promettre une diligence réduite et, à plus forte raison, refuser de prêter certains services auxquels ils sont tenus dès qu'ils ont accepté de contracter. La jurisprudence ne montre aucun exemple de conventions de ce genre pour les deux premiers cas, mais par contre elle est assez fournie pour le troisième. En dehors de la responsabilité qui pèse sur les notaires en tant que mandataires, la jurisprudence leur impose un devoir de conseil très rigoureux, très riche en occasions de responsabilité dont ces officiers publics se sont efforcés de s'exonérer (1). Ils ne l'ont fait d'ailleurs qu'indirectement, en déclarant que le contrat a été négocié sans leur participation, qu'ils ne sont que les simples rédacteurs des parties. La jurisprudence a, d'une manière constante, refusé d'admettre la validité de cette stipulation. Le devoir de conseil est impérieux, le notaire ne peut s'y soustraire : tout au plus a-t-il la possibilité de se ménager la preuve de l'accomplissement de son devoir. Il importe peu d'ailleurs que cette obligation soit de nature contractuelle ou délictuelle : le caractère de fonction publique du notaire peut bien imposer ce dernier caractère et la jurisprudence de la Cour de cassation peut bien rendre le notaire responsable sur le fondement de l'article 1382 : car les obliga-

(93-1) V. *supra*, n° 83.

tions sanctionnées par cet article sont dans une grande mesure à la disposition des parties (2). Il semble plutôt que la véritable explication de la jurisprudence réside dans l'idée que certaines obligations professionnelles dans lesquelles les rapports de confiance, la bonne foi sont essentielles, représentent un domaine hors de l'atteinte du contrat. Le créancier et le débiteur peuvent bien retarder la naissance de l'obligation, en hâter l'exécution, mais pendant la durée de l'exécution celle-ci s'impose dans toute sa rigueur.

Ce trait doit-il être généralisé ? M. Bonnecase le pense. « La responsabilité professionnelle doit être sanctionnée de manière plus rigoureuse que la responsabilité ordinaire », écrit-il. « Le manquement aux obligations professionnelles entraîne pour leur auteur la nécessité absolue de réparer tout le préjudice causé aux tiers... Celui qui embrasse une profession et en recueille les profits devant en courir les risques » (3). Cette vue sera-t-elle exacte un jour ? Il ne le semble guère, car l'activité commerciale dans une grande mesure restera sans doute matière contractuelle ; actuellement, on peut du moins poser que l'aménagement des obligations du débiteur est laissé à la discrétion des parties. Il serait cependant tentant de noter, à l'appui

(2) V. *infra*, n. 115.

Il est juste toutefois de reconnaître que la Cour de Cassation donne ce fondement à sa jurisprudence : « responsables en vertu de l'article 1382 C. civ., les notaires ne peuvent stipuler l'immunité de leurs fautes, et par suite décliner le principe de leur responsabilité en alléguant qu'ils se sont bornés à donner la forme authentique aux déclarations des parties. » (Civ., 21 janvier 1921, Gardien : S. 1922, 1, 172. — V. également Civ., 25 novembre 1908, Lequeux : S. 1910, 1, 236. — Req., 28 décembre 1910, M^e O... Lequeux : S. 1912, 1, 134 et déjà, 2 juillet 1879, Lainé : S. 79, 1, 155).

(3) J. Bonnecase : Dr. Mar., n. 435 et 440.

du caractère impératif des obligations professionnelles, la jurisprudence rendue en matière d'attractions foraines. Dans certaines espèces le jugement relève que des affiches avaient été posées par le propriétaire du manège pour inviter ses clients à veiller à leur propre sécurité, à fermer les chaînes protectrices et à ne point les détacher. La Cour de Nancy, notamment, signale cette clause, mais semble la négliger parce qu'elle ne dispense pas le forain de « son obligation qui consiste à s'assurer que la chaîne ferme bien » (4).

Avec plus de précision on doit relever, que dès à présent, la loi vient imprégner certains contrats du caractère d'ordre public : le fait est facile à constater pour le louage de travail, l'assurance, le contrat de transport terrestre.

La loi du 9 avril 1898 annulant toute dérogation aux règles légales sur la responsabilité de l'employeur, n'interdit pas seulement les clauses d'exonération de responsabilité, mais aussi toutes celles par lesquelles le patron tenterait de soustraire à sa responsabilité en s'engageant seulement à prendre les soins nécessaires pour éviter des accidents à ses ouvriers. De même le contrat d'assurance depuis la loi du 13 juillet 1930 revêt législativement le même caractère ; quantité de conditions (prescription, déclaration de sinistre), auxquelles les compagnies débitrices subordonnaient l'existence de leur obligation ont été impérativement réglementées.

Mais bien que le législateur ne l'ait pas formellement décidé, la pénétration de l'ordre public est aussi nette dans le contrat de transport terrestre. La jurisprudence reconnaît depuis 1911 une obligation de sécurité

(4) Ap. Nancy, 26 juin 1925 : D. P. 1927, 2, 25, note de M. H. Lalou.

à la charge du transporteur de personnes (5). Quelque discutable qu'elle soit, cette obligation accessoire s'est maintenue dans la jurisprudence (6). Dès lors, le problème se pose de savoir si contractuellement les compagnies pourraient s'en décharger. La gravité de la question est certaine et a été parfaitement remarquée par M. Josserand. « Est-il admissible », s'inquiète-t-il dans une note pénétrante, « que du jour au lendemain cette obligation ait revêtu un caractère nécessaire d'ordre public, et cela sans intervention législative, par la seule volonté jurisprudentielle » (7). L'objection est troublante en effet, mais elle n'est pas décisive. On serait tout d'abord tenté de montrer comment il serait étrange du point de vue méthodologique, que la solution donnée à un problème de droit diffère selon la conception artificielle, formelle, dont se sert le juriste pour construire sur le donné qu'il a dégagé. Mais ce raisonnement se montre inexact, car des différences suffisamment marquées existent entre les responsabilités contractuelles et délictuelles pour que deux constructions faites sur l'une ou l'autre notion ne puissent se remplacer. En réalité, l'impossibilité de supprimer l'obligation de sécurité dans le contrat de transport terrestre est certaine, mais elle tient à l'influence que joue en cette matière la nullité des clauses d'exonération de responsabilité due à la loi Rabier. Bien que la Cour de cassation n'ait jamais été appelée à préciser sa pensée sur ce point, il est probable qu'elle déclarerait nulle la clause d'exonération s'appliquant au transport de personnes, non parce que la clause est relative à la vie

(5) Civ., 21 novembre 1911 : D. P. 1913, 1, 249, note Sarrut et *supra*, n. 109.

(6) Req., 23 mars 1925 : D. H. 1925, 330. — Req., 27 juillet 1925 : D. P. 1926, 1, 5, note de M. G. Ripert.

(7) L. Josserand, note sous Lyon, 7 décembre 1928, Salque : D. P. 1929, 2, 17.

des personnes, car elle n'autorise aucune atteinte volontaire qui, seule, serait illicite, mais parce que la jurisprudence établissant une concordance parfaite entre le transport des personnes et des choses, appliquerait par analogie la loi Rabier. Le texte de l'article 103 C. com. est assez extensif pour permettre d'atteindre ce résultat; et l'on ne peut oublier que c'est par assimilation avec le transport de marchandises, que l'obligation de sécurité a été admise de façon générale; c'est l'existence de l'article 1784 C. civ. qui en a permis l'extension alors que la jurisprudence refusait de l'admettre, faute de texte, pour la responsabilité du patron, à l'occasion des accidents du travail. Si l'on admet ce point de départ, il s'ensuit que la clause par laquelle la compagnie subordonnerait sa responsabilité à la démonstration d'une faute prouvée contre elle, serait tout aussi illicite, car le but de la loi Rabier a été moins d'interdire les clauses d'exonération que toutes les conventions ayant pour effet d'obliger le créancier à faire la preuve de la faute du transporteur (8).

S'il s'agissait de la tentative de suppression de toute obligation de sécurité, tant de résultat que de moyen, la considération que le contrat a pour objet le transport de personnes deviendrait alors déterminante; car il est certainement immoral qu'un débiteur refuse de prendre aucun soin pour leur conservation. D'autant qu'en principe la restriction de l'étendue des obligations du débiteur, quand elle est licite, supprime toute action contractuelle ou délictuelle, et que la jurisprudence refuserait de consacrer une convention qui laisserait sans recours la personne transportée.

Ainsi les compagnies ne peuvent en aucune manière

(8) Lyon-Caen : Rev. crit., 1905, 491 et ss., note M. Bourcart : S. 1908, 2, 145 sous J. Paix, St-Vivien, 15 mai 1907, Bernard.

V. pour le transport maritime le rapport supplémentaire de la

diminuer leur responsabilité en modelant d'un point de vue technique l'étendue de leurs obligations. Les seules conventions dont la jurisprudence reconnaît la licéité, relatives au transport de marchandises, sont celles qui touchent à la preuve (bulletin de garantie) et celles qui, dispensant la compagnie d'une obligation matérielle, en imposent la charge à l'expéditeur, l'obligent par exemple à faire lui-même le chargement. La jurisprudence n'est d'ailleurs pas très ferme sur les conséquences de ces conventions (9). Il doit en résulter que toutes les avaries qui ont pour cause un défaut de chargement doivent être attribuées — sur la preuve qu'en apporte le transporteur — à un vice propre de la marchandise (10). Telle est la seule conciliation possible entre deux règles qui imposent, l'une la démonstration par le débiteur de son exonération, l'autre qui le délivre de sa responsabilité au cas de faute du créan-

Commission de la marine marchande : Doc. Parlem., Ch., 1927, 1, 517, n. 4243.

(9) « Lorsque aux termes du tarif spécial, les marchandises doivent être manutentionnées par l'expéditeur et par le destinataire, le chargement et le déchargement en sont opérés avec toutes les conséquences de droit par leurs soins et à leurs frais. » (Cf. sur ces clauses, L. Jossierand, *Transports*, 2^e éd., n. 180 et 424 bis. — R. Roger, note sous Req., 5 mars 1929 : D. P. 1929, 1, 105 spécialement, III, p. 107, 2^e col. — Note anonyme : D. P. 1928, 2, 70, sous Com. Seine, 23 mars 1927. — Bourcart, note : S. 1908, 2, 145, sur Trib. paix, St-Vivien, 15 mai 1907 : P. P. 1908, 2, 145. — Arthuys : Rev. crit. 1908, 2, 73). Cet état du droit ne représente pas celui des colonies (V. Bull. Tr. 1930, 86) pour les clauses de la Compagnie Dakar Saint-Louis, refusant d'entreposer les marchandises pour certains tarifs.

(10) Dans l'impossibilité d'apporter cette preuve, et à plus forte raison au cas de faute prouvée, la responsabilité de la Compagnie reste engagée (Civ., 12 janvier 1915 : G. Trib., 24 janvier 1925. — Douai, 14 juin 1928 : Rec. Douai, 1928, 288. — Ap. Lyon, 2^e Ch., 7 avril 1930 : B. Tr. 1930, 117. — Com. Limoges, 6 juin 1928 : B. Tr. 1928, 130).

cier. Cependant, un certain nombre de tribunaux interprétant de façon un peu tendancieuse la formule de l'article 6 *d*) des conditions d'application des tarifs spéciaux petite vitesse, imposent à tort à la compagnie, non seulement de prendre soin de la marchandise aux termes du droit commun, mais aussi de vérifier l'aspect extérieur du chargement. La compagnie prendrait à sa charge toutes les fautes apparentes, qu'elle ratifierait, elle ne serait responsable que des avaries dues à des vices cachés ou si l'expéditeur a reconnu par écrit les défauts sur la feuille d'expédition (11). La Cour de cassation a condamné cette interprétation de manière indirecte, dans un arrêt récent de la Chambre civile qui constate que la compagnie n'est tenue ni de vérifier, ni de modifier le chargement (12); l'article 6*d* réserve en effet à la compagnie le droit de ne pas accepter un chargement qui pourrait être dangereux pour la sécurité du transport (droit qui comporte comme corrélatif la solidarité avec l'expéditeur au cas d'accident causé aux tiers), mais il n'entraîne pas une ratification des fautes de l'expéditeur.

(11) Com. Seine, 23 mars 1927 : D. P. 1928, 2, 70 et la note critique : Gaz. Pal. 1927, 2, 860. — Com. Seine, 29 août 1928 : B. Tr. 1929, 46. — Ap. Lyon, 17 janvier 1929 : Bull. Tr. 1929, 59. — Mon. Jud. Lyon, 18 octobre 1929. — Com. Seine, 26 juin 1929 : B. Tr. 1929, 141. — Ap. Paris, 18 novembre 1929 : B. Tr. 1930, 34. — Rennes, 20 mars 1930 : Rec. Rennes 1930, 226.

Cpr. Com. Seine, 30 novembre 1928 : La Loi, 27 novembre 1929. — Com. Seine, 30 novembre 1928 : La Loi, 11 juillet 1929 qui se séparent de la jurisprudence précédente.

Une proposition de loi Delahaye B. Transports 1929, 29 concernant l'art. 103 C. com. impose en toute circonstance au voiturier « d'assurer la conservation et la bonne arrivée des objets confiés ».

(12) Civ., 17 juillet 1930, P.-L.-M. c. Guillaudin : G. Pal. 1930, 2, 456. La formule est d'ailleurs identique à celle de Cass., 28 avril 1900 : D. P. 1900, 1, 433, 4^e esp. — Un 3^e arrêt Czss., 26 novembre 1928 : Bull. Tr. 1929, 21 ne tranche pas nettement la question.

Si l'on néglige ces deux réserves, il n'en est pas moins vrai que l'obligation de sécurité imposée au transporteur terrestre est d'ordre public, qu'il s'agisse des personnes ou des biens. Mais en dehors de ce contrat — pour lequel la solution donnée tient à l'influence d'une disposition législative — l'obligation de sécurité ne paraît pas présenter un caractère impératif. Il est juste de dire, ainsi que le fait M. Josserand, que, du caractère contractuel de la responsabilité, découle la possibilité de suppression de l'obligation particulière (13). Pour le transport aérien, par exemple, où la Cour de cassation reconnaît la validité de la clause d'exonération de responsabilité, rien n'empêchait antérieurement à la loi de 1924 une pareille convention, et elle reste possible dans toutes les hypothèses où la jurisprudence reconnaît l'existence d'une obligation de sécurité : mais en fait, cette stipulation ne se rencontre pas et les débiteurs ont recours à une clause d'exonération pour réaliser leur irresponsabilité.

(13) M. G. Ripert, note : D. P. 1929, 1, 129, 4^e colonne. — M. Mazeaud, *op. cit.*, n. 59, note 8. — Roger, *op. cit.*, p. 287, 288, paraissent admettre en toute hypothèse le caractère d'ordre public de l'obligation de sécurité.

CHAPITRE II

DENATURATION DE LA CLAUSE.

- 95) Position du problème. Dualité des conceptions relatives à l'abus de droit : intention nocive de l'agent ; détournement de la finalité du droit. — 96) Consécration par la jurisprudence en matière de conventions d'irresponsabilité de cette seconde théorie. Hétérogénéité de cette solution et de la notion d'abus de droit. — 97) Destruction conventionnelle de la dénaturation de la clause. Ses limites.

95. — L'analyse précédente, les exemples déjà rencontrés de clauses objectivement licites devenues inefficaces par suite du rôle que le débiteur prétendait leur faire jouer, permet d'aborder avec une certaine aisance, le problème de la dénaturation des conventions d'irresponsabilité qui succède logiquement au premier (1). Très fréquemment, en effet (et notamment pour les clauses environ, pour celles qui visent le retard dans la livraison ou règlent les conséquences des avaries,

(95-1) Cf. sur cette question, G. Ripert, *Règle morale*, n. 89 et ss. et partie. 101. — Abus ou relativité des droits : *Rev. crit.* 1929, p. 33 et ss. et — L. Jossierand, *A propos de la relativité des droits* : *Rev. crit.* 1929, 277. — De l'esprit des droits et leur relativité, 1927, t. I, n. 91, 127 et ss. — Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, 1928. — La thèse de l'abus des droits appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat : *Rev. Gén. Ass. Resp.* 1929, 472 et ss., note : *D. P.* 1929, 2, 1, note 2 - *D. P.* 1904, 1, 276.

pour celles qui autorisent le bailleur à apporter certaines modifications à la chose louée), la jurisprudence a refusé de reconnaître la convention, non parce qu'elle serait illicite en elle-même, mais parce que l'usage que l'on tentait d'en faire lui paraissait condamnable.

Il serait assez simple de répondre qu'il existe en ce cas un abus de droit dans l'usage de la clause, si cette dernière notion n'était l'une des plus fuyantes qui soient et si sa théorie n'était encore plus obscure en matière contractuelle. Il ne peut d'ailleurs s'agir ici d'en explorer le contenu, du principe à ses conséquences : une étude récente consacrée à « l'abus de droit dans la clause de non-responsabilité » en aurait pu pénétrer les difficultés si le corps de l'ouvrage n'était complètement étranger au titre qui le précède (2).

Dans l'état actuel des opinions, et après un travail d'une trentaine d'années, deux conceptions s'affrontent seules, sur la notion d'abus de droit; et il est aisé d'y réduire l'infinité des solutions proposées.

Où le droit est fonction, est créé dans un certain esprit, avec une finalité donnée — et l'abus sera caractérisé par le détournement du droit, de la fin pour laquelle il a été concédé; — ou le droit est pouvoir, et seule l'intention nocive de l'auteur rend son exercice illicite. Entre les deux branches de cette alternative, un choix doit être fait; or, il semble bien, malgré toute la vigueur avec laquelle la première théorie a été soutenue, qu'à part certains droits conférés à leurs titulaires, moins dans un intérêt exclusif que dans celui d'un tiers, le droit ne se réduit pas à une simple fonction. En vain dira-t-on même que les droits les plus absolus, tels la propriété, finissent par n'être que des

(2) Trajan Martinesco, Th. Paris, 1920 (9) qui se borne à juxtaposer les théories classiques sur l'abus de droit — puis sur la clause d'irresponsabilité sans jamais établir la moindre compénétration.

fonctions; l'étendue de leurs prérogatives peut être diminuée, mais tant que leur exercice se fait en pleine liberté, que le titulaire s'en applique le profit sans qu'autrui puisse le lui réclamer, le droit reste pouvoir et son titulaire ne devient pas un fonctionnaire social. La définition de l'article 544 pour absolue qu'elle soit traduira toujours l'idée de la plénitude du droit de propriété, tant que celui-ci n'aura pas été aboli ou, ce qui revient au même, tant que les avantages qu'il procure, ne profiteront pas directement et exclusivement à la collectivité tout entière.

96. — Quand on applique ces idées en matière contractuelle, on s'aperçoit, qu'en fait, la jurisprudence n'est jamais intervenue pour réprimer à l'occasion des conventions, objet de cette étude, l'intention nocive qui seule caractérise, en principe, l'abus de droit. Ou, plus exactement, si un mobile condamnable entachait la tentative du débiteur, une autre considération s'y trouverait toujours mêlée : c'est que l'allègement des obligations ne devait pas être détaché du contrat, pour prendre, par cela même, une rigueur qu'il ne présentait pas dans l'intention primitive des contractants. L'atténuation de responsabilité n'étant accordée que dans des cas déterminés, elle ne peut, malgré la généralité apparente des termes de la clause, être appliquée à des hypothèses différentes.

C'est donc que l'on peut trouver, en matière contractuelle, le critère du détournement de pouvoir exclu en principe du domaine de l'abus de droit. La faveur accordée au débiteur est bien ici causée. L'expression de finalité, imprécise quand il s'agit d'un droit légal, revêt en matière contractuelle, par son identification avec la cause, une fermeté certaine. Le détournement que le titulaire du droit tente d'en faire aboutit bien

à une dénaturation de l'esprit du contrat. C'est d'ailleurs à cette conclusion qu'aboutit M. Josserand dans un passage de son étude sur « la thèse de l'abus de droit appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat ». Il y a une loi du contrat « et la clause litigieuse est comprise en fonction du cadre dans lequel elle est incluse... l'interprétation est donnée *secundum subjectam materiam*, eu égard à l'esprit du contrat : on fait dire aux parties ce qu'elles ont voulu vraisemblablement dire ». (1) Mais quand on pose ainsi le problème — et il est difficile de le faire en termes meilleurs — peut-on dire encore que l'on reste dans le domaine de l'abus de droit? En vain le débiteur tente de faire servir une prérogative à une fin pour laquelle elle n'a pas été concédée. Malgré la généralité de la formule, son droit n'est qu'apparent. Il n'y a plus abus de droit, mais vraiment absence de droit. Et l'on peut se demander alors si la critique que M. Planiol adressait aux premières tentatives de création d'une théorie de l'abus de droit, de constituer une pure logomachie, ne redevient pas vraie dans une grande mesure, avec la conception finaliste du droit. Si un acte doit être justifié par la concordance de la fin poursuivie et de celle que s'est proposé le législateur en créant le droit; en dehors de cette fin il n'y a plus de droit, et sans droit, plus d'abus.

La prétendue conception objective de l'abus de droit en matière de conventions d'irresponsabilité se réduit donc à l'analyse de la volonté des contractants. Le débiteur ne peut avoir plus de liberté qu'on ne lui en a en réalité concédé.

97. — Ne peut-on aller plus loin? et ne doit-on pas reconnaître que rien n'empêcherait les contractants,

(96-1) L. Josserand, *op. cit.* : Rev. Gén. Ass. Resp., 472°.

s'ils le voulaient, d'étendre la portée de la clause, de telle sorte que le débiteur ne se heurte plus à l'obstacle de la dénaturation de la convention ? M. Josserand n'hésite pas à le croire : « presque toujours... les parties ont la possibilité de donner à la clause une portée léonine, mais à la condition de s'en expliquer dans des termes exempts de toute ambiguïté : maîtresses de leurs droits, elles envisagent l'opération à leur guise ; réserve faite de l'ordre public ou du dol qui viendraient en déterminer l'annulabilité, l'ordre public n'est pas intéressé dans cette rupture de l'équilibre contractuel... Un droit naturellement relatif peut revêtir de par la volonté formelle des parties, un caractère absolu ; son titulaire peut l'exercer en vue d'une fin quelconque, ou même par simple caprice » (1).

Une telle proposition ne saurait pourtant être prise à la lettre sans déformer la pensée de son auteur. Dans une espèce où le droit conféré au débiteur était bien absolu, la Cour de cassation a décidé que l'épuisement du délai accordé par les tarifs à une compagnie de chemins de fer pour la fourniture de wagons au concessionnaire d'un embranchement particulier, bien qu'ils soient de rigueur, peut être la source d'une action en responsabilité si l'attitude de la compagnie est répréhensible, si elle agit ainsi en connaissance du préjudice causé (2). M. Josserand a toujours approuvé cette décision (3).

Si l'intention de l'agent forme ainsi une première limitation, d'autre part la liberté reconnue aux parties de créer des droits absolus n'étant pas plus complète, pose une seconde restriction. Non que l'idée d'ordre

(97-1) L. Josserand, *op. cit.*

(2) Civ., 7 mai 1902, Société anonyme des manufactures et produits chimiques de St-Gobain : D. P. 1904, 1, 276.

(3) L. Josserand, *op. cit.*, p. 472-2.

public intervienne, ou celle de lésion, mais parce que le droit reconnu au débiteur peut détruire le contrat. M. Jossierand l'indique lui-même pour la clause qui permettrait au constructeur « de faire de l'arbitraire, de se dérober volontairement, systématiquement, à l'exécution d'un marché dont l'exécution est devenue plus onéreuse pour lui à raison de la situation économique ». L'illicéité de toute clause, équivalant à une condition purement potestative stipulée au profit du débiteur, devrait être, en effet, déclarée : il en a été ainsi à bon droit décidé pour la résiliation unilatérale d'un engagement d'artiste (4).

Le problème de la dénaturation de la convention d'irresponsabilité se trouve ainsi réduit à trois éléments simples et de solution facile : abus de droit — dans son domaine spécifique qui est l'intention malicieuse; — interprétation de la volonté, qui permet de préciser le sens du droit conféré à un contractant; — droit qui ne peut (et c'est là un dernier aspect du problème), aller jusqu'à la possibilité de destruction du lien obligatoire.

(4) 1^a. Jossierand, *eod. loc.* et 472¹, *Mobiles*, t. I, n. 128, p. 161.

III

**La jurisprudence et les clauses de modification
d'existence de la responsabilité délictuelle**

98) Originalité de ces conventions.

98. — Autant les conventions par lesquelles deux contractants admettaient la diminution de l'étendue des obligations du débiteur paraissent normales, autant elles semblent au premier abord inconcevables en matière délictuelle... Difficulté de fait parce que l'auteur et la victime du dommage sont généralement inconnues l'une à l'autre... Difficulté de droit, car tous les termes de responsabilité : faute, préjudice, relation de causalité, sont hors de la volonté des parties, semble-t-il. En matière contractuelle la responsabilité naissait de l'inexécution d'une obligation, car la volonté des parties en est maîtresse. Ce principe ne paraît pas pouvoir être admis en matière délictuelle.

Et pourtant des conventions y sont indiscutablement relatives, qu'il s'agisse du fait personnel, du fait d'autrui ou de la responsabilité naissant de la garde — ces deux dernières responsabilités présentant un plus particulier intérêt.

Deux questions doivent d'ailleurs être examinées successivement : la description de ces clauses d'après la jurisprudence, — la discussion de leur validité.

CHAPITRE PREMIER

CLAUSES RELATIVES AU FAIT PERSONNEL

- 99) Clauses relatives à la faute de l'auteur. — 100) Clauses relatives à la faute de la victime. — 101) Clauses relatives à la preuve de l'absence de faute.

99. — La pratique, sinon les recueils d'arrêts, montre toute une série de conventions tendant à affranchir un individu de la responsabilité délictuelle qui peut découler de son fait personnel, mais des idées différentes les inspirent. Les unes sont relatives à la faute de l'auteur, les autres à celle de la victime, d'autres enfin sont relatives à la preuve de l'absence de faute.

Des premières, certains exemples ont déjà été rencontrés. Les publications des journaux, les renseignements des agences, bien que donnés sous toutes réserves, n'en engagent pas moins la responsabilité de leur auteur, du point de vue civil, et en admettant que les conditions d'existence de la responsabilité se trouvent réunies, parce que la personne lésée n'a jamais donné son consentement à l'atténuation de responsabilité stipulée. On est coupable de colporter des bruits faux, même de bonne foi, si l'on n'a pas pris les précautions nécessaires. Dans l'un et l'autre cas, un contrôle doit être exercé sur l'exactitude des renseignements donnés. S'il s'agit d'informations judiciaires, celles-ci doivent re-

produire l'impression qui se dégage des débats, ne correspondrait-elle pas éventuellement à la solution donnée par les tribunaux.

A cette responsabilité l'informateur ne peut donc échapper. Les agences ont bien tenté d'insérer une clause confidentielle afin de ne faire mettre en jeu que la responsabilité de leur client. Cette clause, qui peut valoir entre les parties comme convention de substitution de responsabilité, ne produit aucun effet à l'égard des tiers, qui gardent leur action contre l'auteur du dommage (1).

L'insertion des réserves et la limitation des soins convenus ont-elles une influence sur la responsabilité pénale de l'auteur de l'acte illicite? Leur inefficacité est encore plus certaine, et la jurisprudence n'hésite pas en effet, dans ces cas, à reconnaître l'existence du délit de diffamation si l'agence ou le journal ont allégué un fait précis dont l'existence peut être prouvée — ou du délit d'injure, dans les imputations générales contraires à l'honneur ou à la considération d'autrui. La publicité donnée au renseignement peut encore mettre en jeu les articles 23 et 28 de la loi du 27 juillet 1881 sur la diffamation publique. La solution, certaine pour le journal, ne l'est pas moins pour l'agence de renseignements. S'il n'y a peut-être pas à proprement parler vente de l'écrit imprimé (2), du moins y a-t-il une distribution, une diffusion des faits préjudiciables, quand il s'agit d'agences qui, par une publicité appropriée, suscitent les demandes d'informations et tiennent leurs rensei-

(99 - 1) Sur la responsabilité des agences de renseignement à l'égard des tiers (V. Thibaut, *op. cit.*, p. 102 et s. — Averty, p. 62 et ss. — Lorient, Th. Paris 1907 (60), p. 86 et ss. et pour la responsabilité pénale, Thibaut, p. 130 et ss. — Averty, p. 75 et ss. — Lorient, p. 104 et ss.

(2) Thibaut, Th. Paris 1900 (47), p. 150.

gnements à la disposition de tout client (3). La déclaration que la fiche n'est délivrée qu'à titre confidentiel est complètement vaine si la publicité est en fait réalisée. Il y aura d'ailleurs une détermination délicate à faire entre les informations confidentielles et celles qui ne le sont pas, notamment quand la communication est faite à une catégorie de personnes déterminées et pour leurs intérêts communs. La forme que revêt l'information (4), sa diffusion (5) sont deux critères auxquels en fait s'attache la jurisprudence.

Aucun procédé conventionnel ne peut donc réduire la responsabilité pénale de l'informateur : la jurisprudence a pourtant atténué ce principe en déformant la notion d'intention criminelle, dans laquelle elle a vu, non pas seulement la connaissance de la commission d'un acte illégal (6), mais la mauvaise foi de l'auteur du renseignement.

Inutilité de toute stipulation, tel est donc le trait qui apparaît dès une première étude. Ou une responsabilité tant pénale que civile est engagée, et la clause est frappée d'invalidité, — ou elle ne l'est pas, et la clause est sans intérêt.

Elle peut toutefois avoir dans ce dernier cas un rôle préventif : souligner, à l'égard des tiers, l'absence chez l'auteur prétendu des éléments constitutifs de responsabilité. Parfois, la réserve est en effet purement mo-

(3) Cass., 23 octobre 1886 : D. P. 93, 2, 100, sous note d : S. 97, 1, 441.

(4) Aix, 2 février 1899 : D. 99, 2, 96 (lettres individuelles). — Cass., 22 octobre 1897 : S. 98, 1, 112 (envoi sous simple bande). — Bordeaux, 13 juin 1884 (publication par journal).

(5) C. Justice Genève, 13 décembre 1886 : D. 93, 2, 101, note I - S. 87, 4, 14.

(6) Cass., 3 juin 1892 : S. 92, 1, 477 - D. 93, 1, 269. — Aix, 19 mars 1885 : D. 86, 1, 103.

rale. C'est ainsi qu'il faut entendre la formule répétée aux pages de garde des thèses et dans laquelle il est marqué « que la Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions qui y sont émises, et qui doivent être considérées comme propres à leurs auteurs » (7). La Faculté se désolidarise ainsi des opinions de ses étudiants : on ne peut les lui reprocher comme théories qu'elle approuve. Et cette considération n'est pas négligeable quand il s'agit de questions politiques ou de conceptions juridiques incertaines. Mais il va de soi, que sans déclaration expresse, la responsabilité de la Faculté n'est pas en principe engagée.

100. — On retrouve dans les mentions relatives à la faute de la victime ce même caractère et la constatation qu'il ne s'agit en ce cas que de simples avertissements. Les interdictions des compagnies de chemins de fer de traverser les voies à l'intérieur des gares, celles des compagnies de transports de ne pas descendre avant l'arrêt définitif de la voiture, et sanctionnées par la formule que la compagnie décline toute responsabilité pour les accidents survenus en ces circonstances (1) n'ajoutent rien aux règles d'exonération de la responsabilité délictuelle au cas de faute de la victime : celle-ci serait aussi bien constatée en leur absence. Elles n'empêcheraient pas à l'inverse l'application des règles sur le partage des responsabilités si une faute était constatée à la charge de l'auteur de l'accident. Tout au plus rappellent-elles en certains cas douteux l'obligation de

(7) Cette pratique qui apparaît pour la première fois dans une Th. Paris 1888 (14), Rondel fut suivie immédiatement 1888 (15) et les quelques oublis qui purent en être faits furent réparés ultérieurement, V. Delapierre, Th. Paris 1888 (16).

(100-1) Ou encore « les voyageurs qui ne se soumettraient pas à ces prescriptions s'exposeraient à des accidents au sujet desquels la Compagnie décline toute responsabilité ».

la personne qui s'expose à un risque de veiller à sa sécurité, telles les plaques voisines des passages à niveau, indiquant que la traversée des voies se fait aux risques et périls de celui qui s'expose à ce danger. Mais si des obligations particulières pèsent sur l'auteur de l'accident, telles que celles imposées par la jurisprudence, quand la victime est un enfant, ces règles toutes générales se montreraient insuffisantes, et la responsabilité des compagnies pourrait être à nouveau mise en jeu.

101. — Un mot enfin, des conventions relatives à la preuve. Lorsque l'auteur d'un dommage craignant l'exercice de l'action en responsabilité se fait consentir par le créancier une clause aux termes de laquelle l'obligation qui pesait sur lui (et qui a été violée) a été respectée, cette convention est sans aucun doute dénuée de valeur. L'exemple le plus typique de stipulations de ce genre consiste dans la clause par laquelle les notaires déclarent que l'obligation de conseil à laquelle ils sont tenus en jurisprudence a été exécutée par eux, alors qu'il n'en est rien. On a déjà noté plus haut l'inefficacité évidente d'une telle convention (1).

(101-1) V. *supra*, n. 83.

CHAPITRE II

CLAUSES RELATIVES A LA RESPONSABILITE
DU FAIT D'AUTRUI *

102) Position du problème. Opposition entre les clauses de modification des conditions d'existence de la responsabilité et des conventions voisines. Distinction de deux séries de clauses. — 103) A) *Délimitation des fonctions du préposé.* — 104) B) *Attribution conventionnelle de la qualité, source de la responsabilité.* — Restriction de l'étude à la responsabilité du commettant. — 105) Solution du problème par l'idée d'attribution conventionnelle d'un risque. Critique. — 106) Soumission de la validité des conventions au déplacement des conditions objectives de naissance de la responsabilité. Conséquences. — 107) Principe de la validité des clauses. — 108) Limitations nécessaires.

102. — Parmi les divers types de responsabilité du fait d'autrui édictés par l'art. 1384 C. civ., seule celle que prévoit l'al. 5 mérite, du point de vue de cette étude, de retenir l'attention. Il y a à cela, ainsi qu'on le verra plus loin, des raisons techniques, mais l'intérêt parti-

* Ce problème a retenu peu l'attention des juristes (Cf. deux notes pénétrantes de M. Et. Bartin, sous Aubry et Rau, t. VI, § 447, note 15 *series*, 5^e éd., p. 385, 38 *quinquies*).

Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 409, p. 574; n. 649, p. 876. — Demogue, t. V, n. 939, 1187. — R. Savatier : D. P. 1930, 1, 137 - D. P. 1928, 1, 17 - D. P. 1924, 2, 73 - D. P. 1923, 1, 5. — R. Dallant, La notion de préposé dans l'article 1384 C. civ., Th. Poitiers 1927 (27). — Cassvan, Clauses de non responsabilité, Th. Paris 1929 (15), p. 356 et ss. — V. également note de droit comparé, Dor. 8, 230.

culier qu'inspire la responsabilité du commettant tient surtout à ce qu'elle est devenue au cours du XIX^e siècle la plus lourde des responsabilités du fait d'autrui.

Limitation des causes d'exonération à la démonstration du cas fortuit ou de la faute de la victime — refus corrélatif de tenir compte de l'absence de faute du commettant (dans la commission de l'acte, dans le choix ou dans les instructions données) — extension de la responsabilité à la répartition des dommages causés par le préposé dans l'exercice de ses fonctions (1), en eût-il même abusé, et à moins que la victime n'ait entendu traiter avec lui à titre particulier (2) : ce raccourci de la construction jurisprudentielle explique les tentatives des commettants de se dégager d'un tel fardeau.

Quand il s'agit de responsabilité contractuelle, le débiteur, pouvant modérer l'étendue de ses obligations, délimite par cela même celles de ses aides. Il y a entre la responsabilité personnelle du débiteur et la responsabilité contractuelle qu'il encourt du fait de ses préposés une corrélation absolue. La même remarque serait aussi juste s'il s'agissait de la validité des clauses d'exonération : dans la mesure où il peut s'affranchir des conséquences de l'inexécution de l'obligation, le débiteur s'exonère également de la responsabilité du fait de ses aides.

Ces deux tentatives se retrouvent identiques en matière délictuelle : clauses de non-responsabilité — dont l'examen sera ultérieurement abordé, — clauses relatives aux conditions d'existence de la responsabilité délictuelle auxquelles est exclusivement consacrée cette

(102-1) Cass., 21 décembre 1927 : G. Pal. 1928, 1, 137 - G. Trib., 13 mars 1928. — Civ., 7 avril 1924 : G. Pal. 1924, 2, 160 - G. Trib., 19 septembre 1924.

(2) Cass., 27 mai 1924 : G. Pal. 1924, 2, 315.

section de notre étude. Ces deux conventions (est-il besoin de l'ajouter?) sont foncièrement différentes. En un certain sens les premières sont les moins anormales : elles ne visent qu'à affranchir le commettant des conséquences pécuniaires qu'entraîne sa responsabilité. Les secondes — dont il s'agit ici — ont pour objet de modifier les éléments à la réunion desquels la loi a prévu l'application possible de l'art. 1384 ; ou, pour employer d'autres termes, « en pareil cas on ne peut dire qu'il y a exonération conventionnelle de la responsabilité des commettants. Il y a par le caractère même de la convention intervenue, exclusion de la responsabilité elle-même parce qu'il y a exclusion des conditions auxquelles la loi en subordonne la naissance » (3).

Il découle de cette constatation qui, pour être accusée en doctrine, n'en est pas moins nette en jurisprudence (4), qu'il faut délibérément écarter pour la solution de ce problème tous les raisonnements qui feraient intervenir les controverses relatives aux clauses de non-responsabilité. La source de la difficulté et les éléments de solution ne peuvent être trouvés que dans un fait : le caractère de cette responsabilité légale qui — à la différence de celle qu'organise l'art. 1382 — a une base contractuelle. Dans quelle mesure ce fait peut-il influencer sur la validité éventuelle des conventions de

(3) Et *Bartin* sous *Aubry et Rau*, t. VI, § 447, note 15 *series*, 5^e éd., p. 385.

(4) Un arrêt de la Cour de Poitiers, 30 novembre 1903, *Chemins de fer de l'Etat c. Richer* : *Gaz. Pal.* 1904, 1, 148, a parfaitement fait la distinction entre les deux clauses : « Attendu que ces conditions, loin d'être contraires à l'ordre public en ce sens qu'elles impliqueraient l'exonération anticipée de la faute d'un préposé, ont cette signification, que l'administration en mettant la machine et le mécanicien au service de l'entrepreneur de déchargement, substitue l'autorité de celui-ci à la sienne propre, de telle sorte que le véritable commettant au regard de la durée de l'opération n'est autre que le commettant ».

déplacement des conditions d'existence de la responsabilité du commettant? A envisager sous cet angle le problème, deux séries de conventions doivent être distinguées : les unes qui limitent l'étendue des fonctions du préposé, — les autres qui tentent de faire passer à un tiers, la qualité de commettant source de la responsabilité.

103. — Les premières clauses soulèvent le moins de difficultés parce que le contrat de louage de services est librement passé entre les cocontractants et que la détermination des fonctions du préposé est une opération nécessaire et licite.

On en doit déduire tout d'abord qu'entre les parties la convention produit plein effet : l'accident survenu au préposé au cours d'occupations étrangères à celles que le contrat lui impose n'est pas soumis à la loi sur les accidents du travail (1). Mais il faut aller plus loin et reconnaître que par le même acte le commettant a certainement limité sa responsabilité de façon indirecte à l'égard des tiers. Cette proposition doit pourtant être aussitôt précisée : « Lorsque la limitation conventionnelle des fonctions génératrices de la responsabilité du commettant est de nature à rester en fait inconnue du public, la limitation conventionnelle de responsabilité qui en résulte théoriquement reste elle-même inopérante » (2). Il est en fait équivalent que les pouvoirs n'aient pas été déterminés ou ne l'aient été que de fa-

(103-1) Civ., 10 mars 1913, Cléménçon : S. 1913, 1, 256, sur Paris, 3 avril 1911 : S. 1912, 2, 164, P. fr. *eod. loc.* — V. *supra*, n. 22 et note 3.

(2) Et. Bartin, sur Aubry et Rau, t. VI, § 447, note 15 *sexies*, 5^e éd., p. 385. — Demogue, Oblig., n. 468. — Crim., 19 janvier 1901, Compagnie d'assurances terrestres L'Equitable des Etats-Unis : S. 1905, 1, 55. — Req., 7 août 1906, Magasins généraux de Gray : S. 1907, 1, 88. — Cf. sur un plan différent pour la responsabilité

con imprécise, occulte, ou qu'il y ait eu abus de la part du préposé. Les termes d'apparence, d'ignorance des tiers, de confiance légitime à la régularité de l'acte fait par le préposé reviennent fréquemment en jurisprudence pour maintenir au commettant malgré lui la charge de sa responsabilité (3), les tiers étant, au surplus, présumés ignorer la limitation des pouvoirs s'ils se trouvent en présence d'un préposé général (4).

Que l'acte limitatif des fonctions soit resté secret, que la pratique ait étendu le rôle initial du préposé, ou qu'à plus forte raison un contrat formel intervienne avec le commettant, la limitation de responsabilité reste dans ces trois cas sans valeur (5).

Il y a plus : si le contrat est résilié, mais qu'en fait le préposé continue à exercer ses fonctions sans que son ancien commettant en avise les tiers, la responsabi-

du commettant, pour le préposé qui n'obéit pas à une interdiction de commettre une imprudence : Bordeaux, 23 juin 1920, Docks Sur-sol : Gaz. Pal. 1920, 2, 417.

(3) Les trois idées se mêlent toujours en fait. — Cf. pour la limitation des obligations contractuelles des entrepreneurs de transports, se traduisant à l'égard des tiers par une limitation inopérante des obligations de leurs préposés, Ap. Paris, 11 décembre 1915, V^e Cador : Gaz. Trib. 1916, 2, 402 - Rev. Trim. 1917, 133, réformant à juste titre Civ. Seine, 8 mars 1915, qui le précède. — Montpellier, 2 août 1897 : Mon. Jud. Midi : 2 février 1898. -

(4) Req., 23 octobre 1905 : S. 1907, 1, 188. — Crim., 21 décembre 1901 : D. 1901, 1, 402.

(5) Cass., 21 décembre 1898, Caisse d'épargne de Carcassonne . S. 1902, 1, 67. — Crim., 24 novembre 1899, Terrier : S. 1902, 1, 296. Civ., 3 mars 1923 : D. 1923, 1, 50 - Gaz. Pal. 1923, 1, 618. — Req., 21 octobre 1901 : P. fr. 1902, 1, 235. — La même formule est applicable au mandataire bien qu'il ne soit pas préposé (Cass. 23 novembre 1903, Masson Beau : D.P. 1906, 1, 66. — Cass., 10 juillet 1929, Castagné : Gaz. Pal. 1929, 2, 477 (Art. 927 Dahir des obligations). — Paris, 11 janvier 1928, Etat français c. Planque : D. H. 1928, 279). Le mandant est responsable des actes du mandataire chaque fois que par les termes obscurs de la procuration, ses agissements, sa faute, il donne une fausse idée des pouvoirs du mandataire.

lité de ce dernier est toujours engagée. Ce cas est peut-être le plus frappant puisqu'il n'y a pas seulement ici restriction, mais destruction de pouvoirs ; le commettant reste alors tenu, bien qu'il n'ait plus, au sens rigoureux, de préposé : il est responsable d'un « préposé apparent » (6). Il y a là une situation très voisine de celle qui subsiste après la révocation ou la limitation du mandat domestique et où la jurisprudence impose au mari une publicité très rigoureuse pour porter à la connaissance des tiers la diminution ou la disparition des pouvoirs de la femme (7).

La validité de ce premier ordre de conventions ne soulève donc pas de difficultés intrinsèques : celles qui peuvent naître découlent seulement de la connaissance que doivent avoir les tiers de l'acte limitatif, ou de la conformité entre le contenu de cet acte et l'exercice futur des fonctions. Mais si les tiers sont prévenus, si leur bonne foi n'est pas surprise, aucun abus de fonctions ne peut être reproché au préposé : le commettant est bien affranchi de toute responsabilité (8), il a traité personnellement avec le tiers.

(6) Crim., 13 janvier 1922 : Bull. crim. 1922, 33. — *Id.* 3 mars 1923 : D. P. 1923, 1, 50 - Gaz. Pal. 1923, 1, 618. — Com. Marseille, 12 juillet 1927, Banque générale des warrants : Gaz. Pal. 1927, 2, 765 - Rec. Marseille, 1927, 1, 420. — Lyon, 24 juin 1920 : D. P. 1922, 2, 40. — Com. Reims, 27 décembre 1912 : Rev. Trim. 1913, 411. — Cf. Req., 16 août 1860 : S. 61, 1, 288. — Req. 14 juin 1875 : S. 75, 1, 368.

Toutefois certains congés, par la publicité qui leur est donnée, mettent définitivement fin à la responsabilité de l'article 1384 : telle la grève (Civ. 9 juillet 1922 : D. P. 1922, 1, 217, note M. Nast - S. 1922, 1, 137, note M. Roux - Gaz. Trib. 10 août 1921 - Mon. Jud. Lyon, 14 octobre 1921).

(7) Planiol, Ripert, Rouast, Tr. Prat., t. II, n. 393, p. 316.

(8) Seine, 23 février 1925, Llégon : Gaz. Trib. 1925, 2, 637, pour un règlement de lavoirs édictant que le linge est remis au client après coulage et que les préposés du lavoir n'ont pas à le rapporter au

104. — La situation est toute différente quand, dans un contrat, la qualification de commettant est attribuée à l'une des parties (1) ; en fait, cette détermination est très fréquente lors d'une location des services des préposés, soit que l'on maintienne la qualité de commettant à celui qui la possédait antérieurement, soit qu'on la transfère au cocontractant. Cette situation présente deux traits distinctifs : le caractère temporaire du transfert de commission et le fait qu'il tient à l'origine conventionnelle de la qualité de commettant.

Ces deux traits montrent pourquoi, d'un point de vue technique, ces conventions ont trouvé dans l'art. 1384, al. 5, leur domaine d'élection. Une opération de ce genre est inconcevable pour la responsabilité des père et mère qui découle d'une qualité naturelle. Sans doute pourrait-on dire que les parents peuvent exclure leur responsabilité en supprimant la communauté de vie qui en est l'une des conditions nécessaires d'existence (ce qui est fréquent au cas de contrat d'apprentissage), mais il n'y a pas là transfert à un tiers de la qualité qui entraîne leur responsabilité éventuelle. Seule une convention d'exonération ou de substitution de responsabilité peut trouver place en ce cas.

La convention entre artisans ou instituteurs est théoriquement admissible, mais doit être très rare en pra-

client (*Id.* Seine, 3 novembre 1905 : *Gaz. Trib.* 1906, 1, 2, 25).

Cf. pour l'interdiction, connue du tiers, faite au chauffeur de prendre un ami (Crim. 12 décembre 1903 : *D.* 1904, 1, 70 - *S.* 1906, 1, 150. — Mortagne, 11 mai 1922. — Lyon, 7 mai 1921 : *D. P.* 1922, 2, 167 - *Rev. Trim.* 1922, 888. — Bordeaux, 25 mai 1919 : *D. P.* 1920, 2, 116).

Pour l'interdiction faite aux ouvriers d'une entreprise de transports de monter les meubles (*Trib. Paix Paris*, XIV^e arrond., 19 décembre 1923 : *Gaz. Pal.* 1924, 1, 328).

(104 - 1) Cf. Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 649.

Un problème plus délicat encore naîtrait de la soumission volontaire du préposé aux ordres d'un tiers. Cf. sur ce problème, Et. Martin, sur Aubry et Rau, VI, § 447, note 15 *quater*, 5^e éd., p. 383.

tique : les parents choisissant eux-mêmes les maîtres de leurs enfants. Se rencontrerait-elle, elle devrait être soumise aux principes généraux qu'il convient maintenant de dégager pour les clauses relatives à la responsabilité du commettant. Une idée centrale en domine d'ailleurs l'étude : c'est que l'efficacité de ces conventions dépend du fondement et de la nature que l'on reconnaît à l'al. 5 de l'art. 1384. Dépend-il d'une attribution présumée ou conventionnelle des risques de l'activité du préposé du commettant? A-t-il pour base des éléments objectifs indépendants de la volonté des parties?

105. — Si l'on admet avec la première théorie, la plus récente, que l'art. 1384 repose sur une attribution du risque au commettant (1), légale en l'absence de contrat, conventionnelle si deux parties veulent en traiter, il suffirait de rechercher quelle a été la volonté des contractants pour savoir à qui incombe la responsabilité.

La solution serait aisée ; — mais, pour nouvelle qu'elle soit, et malgré le désir de ses auteurs d'éclairer le sens et la portée de l'art. 1384, une telle conception ne peut être acceptée. Elle est formellement contredite par la jurisprudence, dans son principe comme dans ses conséquences, et ses auteurs ne sont pas sans être embarrassés des déductions inéluctables qu'on en doit retirer.

Dès son point de départ, le désaccord apparaît entre

(105 - 1) R. Savatier, note au D. P. 1928, 1, 17, sous Civ., 19 janvier 1927, Chambre de commerce de Bordeaux c. Astié, et D. P. 1924, 2, 73, sous Crim., 13 janvier 1922 : D. P. 1923, 1, 5. — *Contra.* Esmein, Revue critique, 1924 - Examen de jurisprudence, 193 — et Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 645, p. 872, note 1. — Comp. Besson, D. P. 1928, 2, 14 et Loup, note D. P. 1930, 2, 97, sous Toulouse, 6 mars 1930. — V. dans le sens de la première théorie, Rennes, 12 février 1925, Hay des Nestumières : Gaz. Pal. 1925, 1, 490.

cette doctrine et la jurisprudence. La notion de préposé aurait une « base économique » et « l'application d'un critérium social » serait nécessaire pour reconnaître si l'on a ou non affaire à un préposé (2). La dépendance économique et sociale permettrait de qualifier celui-ci. L'acceptation du risque par un employeur indépendant, — la garantie ainsi prise de réparer les fautes commises par « le simple travailleur sans surface indépendante » (3) fonderaient l'application de l'art. 1384, al. 5.

Ni l'un ni l'autre de ces deux critères ne peuvent être approuvés au regard de la jurisprudence. D'une part on la voit relever la qualité de préposé quand la situation économique de celui-ci est égale ou même supérieure à celle de son commettant (4). Le fils majeur indépendant, invité par sa mère à accompagner un hôte en voiture devient un préposé. L'ami qui prend la conduite d'une automobile sous l'autorité du propriétaire trouve aussi en ce dernier un commettant. Comment pourrait-il en être autrement alors que la rémunération du travail n'est nullement nécessaire à la formation d'un lien de commission? L'idée d'infériorité économique du préposé est donc à rejeter.

D'autre part, la jurisprudence reconnaît la qualité

(2) R. Savatier, *op. cit.*, p. 17.

(3) R. Savatier, *op. cit.*, p. 17.

(4) Cf. trois arrêts de la Cour de Paris, 30 janvier 1913 : D. P. 1914, 2, 31 - Rev. Trim. 1913, 618, et sur pourvoi, Crim., 11 juillet 1913, Lallemand : D. P. 1918, 1, 62 - S. 1920, 1, 43. — *Id.*, Chevalier : D. P. 1918, 1, 62. — Crim., 14 décembre 1928, Chardin : Gaz. Pal. 1929, 1, 769 (en sous-note sous Aix, 15 mars 1929, Latour Dubreuil) : D. H. 1929, 37 - Rec. Per. 1928, 472. — Req. 1^{er} mai 1930, de Luzerna : Gaz. Pal. 1930, 2, 25 - D. P. 1930, 1, 137, note de M. R. Savatier - Rec. Per. 1930, 396. — *Id.*, 15 juillet 1930, Pitarelli : Gaz. Pal. 1930, 2, 326 - Gaz. Trib., 6 septembre 1930, rejetant le pourvoi contre Aix, 15 mars 1929, précité. — Corr. Saint-

de commettant à des individus qui n'ont guère plus de surface que le préposé dont ils ont la charge (5). La solvabilité du commettant n'est pas une condition dont dépend l'application de l'art. 1384 : la responsabilité ne dépend pas d'une donnée aussi variable mais d'éléments objectifs.

Va-t-il en être autrement quand deux contractants décident d'un transfert conventionnel de commission? La doctrine précédente ne l'a pas décidé au cas de conventions formelles, mais l'admet dans un cas plus douteux, quand le déplacement de risques s'induit de la volonté présumée des parties et de circonstances de fait. La charge de la responsabilité dépendrait ainsi entièrement de la convention, proposition qui n'est pas admissible. Sans doute entre les contractants peut-il y avoir convention de garantie et un tiers peut-il prendre à l'égard d'un commettant l'obligation de réparer les dommages causés par l'activité du préposé (6), mais le garant ne devient pas commettant; ce qui est discuté,

Quentin, 9 mars 1930, V^o Chauvin : Gaz. Pal. 1930, 2, 629, sous note. — Paris, 14 mars 1930, Bondonneau : D. P. 1930, 2, 115, note Besson. — Req., 16 décembre 1929, Cie des Assurances La Foncière : D. H. 1930, 83, qui ne peut s'expliquer que par le fait que le mari est préposé de sa femme, puisqu'il n'est pas un tiers.

Il résulte de cette jurisprudence une conséquence curieuse sur le plan des accidents du travail : le chauffeur qui a cédé le volant à l'ami du maître devenu préposé est privé du bénéfice de l'article 7 Loi 9 avril 1898, puisque l'action récursoire n'est autorisée que contre les auteurs de l'accident autres que le patron ou ses ouvriers ou préposés (Req., 1^{er} mai 1930, précité et Req. 15 juillet 1930 : Gaz. Trib. 6 septembre 1930).

(5) Rennes, 12 février 1925, Hay des Nestumières, précité. — Paris, 16 mars 1920, de Hauteclouque : D. P. 1920, 2, 116 (moniteurs d'une école d'automobiles déclarés commettants). — Crim., 14 juillet 1920 : D. P. 1921, 1, 30. — V. encore pour l'accident causé à l'acheteur pendant l'essai d'une voiture automobile, Req., 15 décembre 1930 : Gaz. Pal. 1931, 1, 197).

(6) Planiol, Ripert, Esmein, t. V, p. 878, note 1, et *infra*, n. 187

c'est la possibilité, par une convention, d'obliger les tiers à considérer comme responsable le commettant conventionnel, et c'est à cette conséquence que l'on doit aboutir avec la précédente théorie. Sans même recourir à d'autres arguments qui seront pourtant présentés, on notera que le principe de l'effet relatif des contrats suffit à écarter la solution proposée.

Aussi bien M. R. Dallant remarque avec curiosité les conséquences de cette conception : « C'est un phénomène juridique assez remarquable », écrit-il, « que le déplacement au gré ou selon l'esprit des conventions particulières, d'une responsabilité qui est d'ordre public, alors que ce déplacement est opposable aux tiers, c'est-à-dire aux victimes d'actes dommageables des préposés, qui pour triompher immédiatement dans leur action doivent l'exercer contre le chargé de risques conventionnel. Il y a d'ailleurs une contradiction à obliger les tiers au respect d'une convention occulte, mais elle est atténuée par une considération de nature à guider l'intéressé dans sa recherche de l'intention des parties, que celle-ci doit s'accorder avec la théorie du risque » (7). Peut-on en des termes plus nets marquer l'étrangeté de cette théorie ?

Mais il y a plus, et l'auteur sent si parfaitement les dangers de cette proposition initiale qu'il tente d'en corriger les dangers : « Les stipulations particulières, en effet, ne peuvent... avoir de valeur que si elles ne nuisent pas à la sécurité des tiers, et il en serait ainsi au cas où le chargé de risques conventionnel n'aurait pas lui-même une direction, une autorité, un profit sur le travail exécuté par le préposé ainsi qu'une situation économique permettant de le présumer solvable. Ceci ne permet pas de se décharger du risque au regard des

(7) R. Dallant, *op. cit.*, 107-108 et 133. — M. Savatier fait d'ailleurs la même remarque, note précitée, p. 20, 2^e col.

tiers ni sur une compagnie d'assurances, car elle n'a ni direction ni profit dans le travail, ni sur un simple ouvrier, car il manque de l'indépendance économique nécessaire. La victime, grâce à ces principes, peut donc viser assez sûrement celui qui doit la garantir. » Par deux côtés cette restriction est condamnable : d'abord en ce qu'elle réintroduit l'idée de dépendance ou de capacité économique dont la jurisprudence ne tient aucun compte pour la détermination de la qualité de commettant ; — ensuite parce qu'elle réintègre la notion d'autorité éliminée à grand peine dans la première partie de l'ouvrage. Cette exigence de la direction marque bien l'importance de ce fait dans l'application de l'art. 1384. La responsabilité ne peut, à l'égard des tiers, être déplacée par la seule volonté des parties. Il faut, mais il suffit, que la convention déplace en fait les éléments objectifs de la responsabilité. Toute volonté contraire est inefficace à l'égard des tiers dès que ces éléments sont effectivement maintenus ou réunis dans la personne d'un commettant ; s'ils ne le sont pas, peu importe l'expression du désir de se soumettre à l'art. 1384 (8). M. Et. Martin a exprimé en termes fort nets ce principe : « C'est de la seule volonté du commettant sans doute que dépend... la naissance de sa responsabilité. Mais cela ne veut dire qu'une chose, c'est qu'il n'appartient qu'au commettant de faire naître la responsabilité parce qu'il n'appartient qu'à lui d'en faire naître les conditions. Cela fait, ses pouvoirs, si l'on peut parler, disparaissent ; la loi intervient alors, pour attacher impérativement, dans l'intérêt de la sécurité de tous, à la convention qu'il a faite... la responsabilité qu'elle juge devoir les accompagner. »

(8) R. Dallant, R. Savatier, *op. cit.* — M. R. Savatier dans une note récente : D. P. 1930, 1, 137 (p. 139, 2^e col.) sous Req., 1^{er} mai 1930, de Luzerna semble d'ailleurs renoncer à la théorie de la dépendance économique

106. — Le problème de la modification à l'égard des tiers, des conditions d'existence de la responsabilité ramène donc à celui de savoir à quel signe la jurisprudence reconnaît l'existence du lien de préposition.

Plusieurs idées apparaissent dans les arrêts avec un succès variable.

Certaines décisions attachent la responsabilité au choix du préposé fait par le commettant.

Il y avait là un critère en faveur autrefois quand on faisait reposer l'art. 1384, al. 5, C. civ. sur une présomption de mauvais choix de la part du commettant, mais qui est en régression depuis que la jurisprudence a refusé d'admettre l'absence de faute du commettant comme cause d'exonération de responsabilité. Aussi, les arrêts récents y font de moins en moins allusion et quand ils relèvent l'existence d'un choix ce n'est que surabondamment (1), la responsabilité pouvant exister en dehors de tout choix (2). Quand un entrepreneur prête ou loue ses ouvriers qu'il a lui-même choisis, la jurisprudence n'en reconnaît pas moins dans certains cas la responsabilité de son cocontractant. A l'inverse, le choix fait par le locataire n'entraîne pas davantage *a priori* sa responsabilité. Ces solutions doivent donc s'expliquer par une idée différente de celle du choix.

D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, que l'on trouve décrite avec le plus d'exactitude par

(106 - 1) Crim., 30 octobre 1902 S. 1902, 1, 544. — Crim., 8 mai 1908, Rabier : D. P. 1909, 1, 135. — *Id.*, 1^{er} décembre 1916, Genoux : D. P. 1917, 1, 119. — 24 janvier 1923, Moritz et C^{ie} : Gaz. Pal. 1923, 1, 601. — 7 avril 1924 : D. H. 1924, 373).

(2) Civ., 25 octobre 1886, Toussaint Poisson : D. P. 87, 1, 225 - S. 87, 1, 457. — Cass., 31 octobre 1921 : Gaz. Pal. 1922, 1, 145. — Crim., 15 mars 1923, Bouchet : D. P. 1923, 1, 137, note Appleton - S. 1923, 1, 385, note Roux. — Limoges, 25 juin 1890, Garri-gou : D. P. 92, 2, 570. — Douai, 5 novembre 1895, Deboffe : Gaz. Pal. 95, 2, 64. — Civ. Bourg, 18 mars 1924 : La Loi, 20 juin 1924.

Aubry et Rau, « il faut et il suffit pour que le lien de préposition existe que la première ait qualité pour donner à la seconde des ordres et pour en surveiller l'exécution » (3).

Bien que cette formule se retrouve dans presque tous les arrêts, elle n'a pas échappé à de vives critiques parce que très fréquemment les conventions qui remettent pour un temps ou pour une opération déterminés un préposé à la disposition d'un tiers maintiennent au profit du commettant originaire l'exercice d'une certaine autorité, tout en la reconnaissant aussi au nouveau commettant.

Il est pourtant permis de croire juste la solution de la jurisprudence, non parce qu'elle retient le fait de l'autorité qui en lui-même n'a pas grande valeur (4), mais pour ce qu'il traduit, c'est-à-dire l'intégration du préposé dans l'activité civile ou professionnelle du commettant.

Quand un individu se met sous la direction d'un autre — fût-ce pour un moment très bref — la jurisprudence n'hésite pas à lui reconnaître la qualité de préposé (5), car pour ce temps et cette fonction « il est

— Cf. sur les problèmes soulevés par les notes 1 et 2, Planiol, Ripert, Esmein, VI, n. 643. — Jossierand, II, n. 510.

(3) Aubry et Rau, 5^e éd., par M. Et. Bartin, § 447, p. 381, et note 15 bis. — M. Bartin limite d'ailleurs la portée de cette première proposition par une restriction relative à la nature professionnelle et technique des fonctions du préposé.

(4) *Contra* : Planiol, Ripert, Esmein, p. 878, note 1.

(5) Cf. note 4, n. 4, Paris, 5 avril 1928 : Gaz. Trib. 20 octobre 1928 et Cass. req., 6 août 1907 : D. P. 1910, 1, 524. — Cpr. Paris, 18 avril 1930, Hallet : Gaz. Pal. 1930, 2, 674, et la longue définition qu'il donne du commettant : « Les rapports de commettant à préposé consistent dans le droit pour le premier de faire acte d'autorité en donnant à celui choisi ou non par lui, placé sous sa subordination et sa dépendance immédiate, et aux services duquel il fait appel pour son compte et son profit personnel, des ordres précis sur la manière de remplir à titre temporaire, accidentel ou momentané,

l'œil et le bras au service de l'intelligence et de la volonté d'autrui » (6). Mais s'il appartenait auparavant à une organisation civile ou commerciale, il faut, pour que le précédent lien de préposition soit rompu, que l'attraction de la nouvelle commission soit suffisante, soit d'une certaine énergie. En dehors de l'autorité, deux faits apparaissent alors déterminants, la durée de la situation nouvelle et l'étendue des droits concédés sur le préposé. Ils deviennent nécessaires alors qu'ils ne l'étaient pas quand le préposé n'était tenu d'aucun lien antérieur. C'est à l'aide de ce principe que doit être appréciée la valeur des conventions de déplacement du lien de préposition. D'une manière générale, on peut déjà poser que la volonté des parties est validée quand les conditions d'existence de la responsabilité se trouvent effectivement transmises, qu'elle est au contraire sans valeur quand en droit, le commettant n'a pu les transmettre, ou quand en fait, il a gardé tous les éléments à la réunion desquels la loi attache une responsabilité éventuelle. Ce sont ces deux propositions qu'il suffit désormais de développer.

107. — La Cour de cassation reconnaît l'existence de déplacements possibles du lien de préposition. Puisque la responsabilité des faits du préposé mise par l'art. 1384, al. 5, C. civ. à la charge du maître ou du commettant suppose que ce dernier a eu le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé, — c'est ce droit qui fonde l'autorité et la subordination sans laquelle il n'existe pas de véritables commettants : « et si, pour un temps et une opération déterminés, un

ou au contraire permanent, avec ou sans rémunération même en l'absence de tout contrat de travail, l'emploi qui lui est confié pour un temps et un objet déterminés. »

(6) Et. Martin, §. 447, p. 382, note 15 *ter*.

commettant met son préposé à la disposition d'une autre personne sous l'autorité de laquelle, au moment de l'accident, il se trouve en vertu d'une convention ou de la loi, la responsabilité se déplace et n'incombe qu'au second commettant » (1). Corrélativement, la Cour suprême exige des juges du fond, à peine de cassation, la constatation que le préposé était bien, lors de la commission de l'acte délictueux, sous l'autorité du commettant prétendu (2).

La Cour de cassation n'a pourtant pas été sans être embarrassée dans les hypothèses où commettant d'habitude et commettant occasionnel ont chacun des droits sur le préposé : tels le garagiste et le client dans la location d'une voiture avec son chauffeur, tels la chambre de commerce et l'entrepreneur de déchargements pour le prêt d'une grue et de son mécanicien.

Dans une première série d'arrêts la Cour de cassation paraît assez portée à répartir les responsabilités selon la nature de la faute commise et le caractère de l'autorité exercée (3) : dans les deux exemples précédents, au commettant originaire, la charge des fautes techniques du préposé; au nouveau commettant, la responsabilité des autres négligences.

(107-1) Civ., 8 mars 1922, Soc. de Bouly de Lesclain : D. P. 1925, 1, 134. - S. 1923, 1, 115 - Gaz. Pal. 1922, 1, 655. — *Id.*, 13 février 1924, Chambre de commerce de Bordeaux : D. P. 1925, 1, 134, 2^e espèce - S. 1924, 1, 426 - Gaz. Pal. 1924, 1, 648 - Rec. Ass. 1924, 275).

(2) Civ., 3 décembre 1928 : Gaz. Pal. 1929, 1, 175 - Gaz. Trib. 12 mars 1929 - Rec. Ass. 1928, 470. — Cass., 18 juin 1928 : Gaz. Pal. 1928, 1, 411).

(3) Crim., 22 novembre 1924, Bloch : Gaz. Pal. 1925, 1, 253 - Rec. Per. 1926, 498. — Civ., 18 juin 1928, Rognon : D. H. 1928, 498 - Gaz. Pal. 1928, 2, 413, et plus anciennement, Crim., 24 juillet 1920, Serradel : D. P. 1921, 1, 30 — Cass., 3 avril 1908, Soc. Krieger : S. 1908, 1, 423. — Ap. Paris, 19 juin 1926 : Gaz. Trib. 15 octobre 1926 - Rev. Trim. 1926, 1061, et les observations de M. R. Demogue.

Cette jurisprudence se rattache certainement (l'idée est très nette dans les arrêts relatifs au garagiste et à son client) (4) au principe que l'incompétence technique d'un individu, l'empêche d'être, dans cette mesure, considéré comme commettant. Mais cette idée, formellement avouée dans un arrêt au moins de la Cour de cassation (5), approuvée par M. Bartin (6), semble rejetée de la doctrine et de la jurisprudence la plus récente (7). Il suffit que le maître ait le droit de donner des instructions techniques, et même (si la loi lui interdit de tels ordres) qu'il ait le droit d'imposer une action ou une abstention pour qu'existe le lien de préposition. Un capitaine, dans la conduite de son navire, jouit d'une indépendance complète du point de vue technique, sauvegardée même par la voie répressive contre tout empiètement de l'armateur ; il n'en est pas moins le préposé de celui-ci, même dans l'exercice de ses fonctions nautiques (8). L'abandon du critère de technicité conduit donc à repousser la distinction de la Cour de cassation.

L'idée d'intégration du préposé dans l'activité du commettant amène par une autre voie à admettre l'unité de responsabilité (9), et une seconde série d'arrêts a

(4) Rouen, 4 mars 1921, Lemeunier : *Gaz. Trib.*, 17 juin 1921 : *Rec. Per.* 1921, 549 (7).

(5) *Req.*, 7 novembre 1910, Léon et C^{ie} : *D.* 1912, 1, 332 - *S.* 1911, 1, 87).

(6) Aubry et Rau, VI, § 447, 5^e éd., par Et. Bartin, p. 381, qui refuse la qualité de commettant quand le préposé peut opposer au premier « pour juger des ordres par lui reçus et se refuser au besoin à les exécuter, des raisons de caractère professionnel et technique ».

(7) Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 646, note 1 et 648. — Besson, *D. P.* 1928, 2, 13, 3^e col. — Dijon, 20 avril 1927, Guichard : *D. P.* 1928, 2, 13, note Besson - *Gaz. Pal.* 1927, 2, 873 - *Rec. Per.* 1927, 430. — *Rapp. Cass. crim.*, 20 juin 1924 : *D. H.* 1924, 511 - *Rev. Trim.* 1924, 684.

(8) G. Ripert, *Dr. Marit.*, II.

(9) *Crim.*, 21 octobre 1926, Société des Automobiles Mathis : *D.*

effectivement maintenu la responsabilité des actes du préposé au premier commettant dans tous les cas où l'incorporation du préposé dans l'organisation nouvelle apparaissait superficielle, et cela malgré les termes de conventions indiquant que le locataire serait seul responsable (10). Il en a été ainsi pour la location de chauffeurs par un particulier ou par une entreprise. A plus forte raison cette solution est-elle adoptée — ainsi que le note M. Savatier — quand avec le préposé est remis un matériel appartenant au commettant (11). Les liens sont ici plus marqués encore, qui rattachent le préposé à l'entreprise originaire et la jurisprudence en déduit le plus souvent le maintien de la responsabilité initiale.

La valeur des conventions transférant à autrui la préposition dépend donc du point de savoir si en fait

H. 1926, 498 - Rec. Per. 1926, 399. — Req., 7 novembre 1910, Léon et Cie, précité. — 3 avril 1908 : S. 1909, 1, 423. — Com. Evreux, 27 novembre 1913 : Gaz. Pal. 1913, 2, 673. — Civ., 18 juin 1928, Rognon : D. H. 1928, 478 - Gaz. Pal. 1928, 2, 411, qui marque nettement que la responsabilité est attachée au droit de donner des ordres et non au profit ou au fait de la rémunération. — V. au contraire : Req. 30 janvier 1853 : D. P. 56, 1, 458. — Poitiers, 19 mars 1888 : D. P. 88, 2, 310. — Civ. Seine, 6 février 1907, Lefebvre : D. P. 1907, 5, 38 - Gaz. Trib. 6 juillet 1907, quand le préposé est véritablement incorporé. — Civ. Bourg, 18 mars 1924 : La Loi, 20 juin 1924.

(10) V. pourtant, Nancy, 31 mai 1911, Soc. Drouville : Rec. Nancy, 1911, 150. — Bordeaux, 13 décembre 1909 : J. Bordeaux, 1910, 1, 74. — *Contra* : Cor. Douai, 25 février 1921, Dendievel : Gaz. Pal. 1921, 1, 585 - Rev. Trim. 1921, 733.

(11) R. Savatier, note précitée, p. 19. — Cass., 5 janvier 1891 : D. P. 1891, 1, 7. — Angers, 25 janvier 1894 : D. P. 92, 2, 465 et, sur nouveau pourvoi, Civ., 28 février 1894 : D. P. 94, 1, 264. — Cf. pour l'application à la location du conducteur et du cheval : Civ., Havre, 11 décembre 1925, Jacquelin : Rec. Havre, 1926, 2, 44; — pour une location à la journée (Com. Havre, 30 novembre 1925, Biret : Rec. Havre, 1926, 1, 39).

les conditions d'existence de la responsabilité ont été déplacées. Tout acte exprès semble donc inutile.

Il n'en est pourtant pas exactement ainsi. Sans doute en présence d'une convention formelle les arrêts se divisent encore : les uns répartissant les responsabilités selon le caractère de la faute commise, les autres mettant à la charge d'un seul commettant la responsabilité des actes du préposé. Mais cette jurisprudence, qui semble incertaine, s'explique parfaitement. Parfois, les conventions particulières déterminent seulement qui sera responsable : en ce cas les tribunaux les négligent et soumettent souvent la responsabilité au système de la distinction des commettants selon la nature de la faute et de l'autorité. Mais, il arrive aussi que plus nettement le contrat confère expressément à l'une des parties le droit de donner des instructions au préposé. Alors, et à moins de convention simulée, les juges doivent s'incliner (12). Ils ne peuvent, à peine de cassa-

(12) Crim., 26 janvier 1901, Delannoy : Rec. Per. 1901, 714 - S. 1903, 1, 164 - P. P. 1901, 1, 447. — Civ., 8 mars 1922 : D. 1925, 1, 134 - S. 1923, 1, 115 - Gaz. Pal. 1922, 1, 655 - Rec. Per. 1922, 634. — Civ., 13 février 1924, Chambre de commerce de Bordeaux : D. P. 1925, 1, 134 - S. 1924, 1, 246 - Gaz. Pal. 1924, 1, 648. — Civ. 19 janvier 1927, Chambre de commerce de Bordeaux : D. P. 1928, 1, 17 - S. 1927, 1, 189 - Gaz. Pal. 1927, 1, 436. — Civ., 4 avril 1928, Baronnet c. Pipestone County : Gaz. Pal. 1928, 2, 8 - J. Trib. com. 1928, 636 - Dor. 1928, VI, 245. — Civ., 3 décembre 1928, Chaurand : Gaz. Pal. 1929, 1, 175 - Gaz. Trib. 1929, 1, 60 - Rec. Per. 1928, 470. — Seine, 17 janvier 1925, Daher : Dor. sup. 3, 215. — Caen, 17 juillet 1924 : Gaz. Pal. 1924, 2, 700.

« Attendu que l'arrêt a justement déduit... des dispositions claires et précises... que *pendant toute la durée du contrat*... le mécanicien a cessé d'être le préposé de la Chambre de commerce pour devenir celui de l'entrepreneur de déchargement » (Civ., 4 avril 1928; Baronnet).

Cpr. sur le plan des accidents du travail et de l'action récursoire : Civ., 27 mars 1928, Ch. de commerce de Dunkerque : Gaz. Pal. 1928, 2, 6 - Dor. Sup. 6, 241, sur Civ. Dunkerque, 19 février 1928 :

tion, la repousser sans l'examiner (13). Il leur suffit au contraire de relever une concordance entre la situation de fait et la transmission conventionnelle des droits pour que leur décision se trouve justifiée (14). La convention expresse de déplacement de l'autorité, permettant au juge d'analyser plus aisément l'intention des parties, le guide dans l'admission du déplacement intégral de la préposition. A la lecture des décisions de jurisprudence, on ne peut manquer d'être frappé par l'importance de cette clause. On la trouve présente et longuement étudiée dans tous les arrêts qui ont admis le transfert de la préposition. La clause formelle a donc l'avantage extrême, si elle est sincère, d'éviter le risque toujours possible de répartition des responsabilités selon la faute commise (15). C'est cette note que l'on retrouve d'ailleurs dans l'étude des actes de la pratique : d'instinct les contractants ont modifié leurs formules. C'est ainsi que dans les conventions passées avec les garagistes, au lieu de décider que le locataire est « seul responsable des actes du chauffeur », on déclare désormais le plus souvent que « le chauffeur est mis pendant le temps de la location sous la direction et l'autorité exclusive du client ».

108. — Quelque étendu que puisse être le droit des parties, des limites doivent lui être posées.

Dor. Sup. 3. — Cf. également la note de droit comparé, Dor. 8, 230, sous Civ., 30 juin 1924, C. commerce de Calais.

(13) Civ., 3 décembre 1928, Chaurand, précité.

(14) Crim., 26 janvier 1901, précité.

(15) Il serait en effet inexact de croire que la Cour de cassation a renoncé en dehors de toute clause formelle à répartir les responsabilités (Civ., 18 juin 1928, Rognon. — Cpr. R. Savatier, note précitée et Planiol, Ripert, Esmein, VI, n. 649, p. 877, texte et note 1). L'arrêt de Crim., 3 avril 1908, Soc. Krieger et Brasier : 1909, I. 423 n'est nullement probant car le préposé avait agi en dehors de ses fonctions.

Il en est en premier lieu ainsi quand juridiquement le commettant ne peut remettre à un tiers l'autorité qu'il a sur le préposé. Un intéressant arrêt de la cour de Pau en donne un exemple que l'on doit généraliser, pour le contrôle nécessaire et exclusif des compagnies de chemins de fer sur le trafic de la voie. Pouvant mettre leurs préposés à la disposition d'autrui pour les travaux de remblai, elles sont sans droit à le faire pour tout acte intéressant la circulation et la sécurité de l'exploitation (1). On peut en trouver d'autres exemples en droit administratif : si une autorité peut se substituer une personne responsable, elle ne peut transmettre à ce tiers les pouvoirs qu'elle a sur ses agents et les éléments de sa responsabilité (2). L'analyse de chaque situation devra donc être faite avant que l'on puisse conclure à la validité de l'opération.

La convention est également sans valeur bien qu'admissible en droit, quand elle est simulée et que le commettant garde en réalité tous ses droits sur le préposé. C'est encore la cour de Pau (3) qui a excellemment posé ce principe à propos d'une convention assez fréquente dans les Landes par laquelle le propriétaire s'exonère de la responsabilité des actes des bûcherons travaillant sous la direction d'un entrepreneur. Il faudrait peut-être traiter de même les conventions intervenues entre garagistes et clients si l'on estime, qu'étant donné la brève durée des fonctions, le chauffeur n'est pas détaché de l'entreprise à laquelle il appartient et reste le préposé du garagiste. Il est inutile

(108 - 1) Pau, 30 janvier 1901, Chemins de fer du Midi c. Fabre : S. 1902, 2, 13.

(2) Planiol, Ripert, Esmein, n. 409. — Req., 23 octobre 1912 : S. 1913, 1, 375.

(3) Pau, 19 février 1901 : S. 1901, 2, 161. — Trib. Versailles, 12 décembre 1908 : Gaz. Trib. 1909, 1, 2, 276. — Planiol, Ripert, Esmein, VI, p. 878, note 1 *in fine*.

d'ajouter qu'au cas de simulation les tiers peuvent par tous les moyens rétablir la situation de fait exacte sans se voir opposer le contenu du contrat.

A ces deux limitations faut-il joindre une troisième? La jurisprudence refuse le déplacement du lien de préposition quand le préposé n'a pas l'aptitude technique nécessaire pour remplir les fonctions qui lui sont confiées. Elle ne se contente pas seulement d'établir une responsabilité contractuelle à la charge de l'entrepreneur (4) ; elle invalide la convention passée entre les parties. L'argumentation des arrêts est d'ailleurs assez imprécise.

Un arrêt de la cour de Poitiers (5) relève qu'il pourrait subsister une cause de responsabilité à la charge du commettant habituel, s'il est établi qu'il a fourni un mécanicien incapable, « qu'il y aurait en ce cas un fait préexistant au contrat et de nature à l'affecter dans sa cause, puisqu'il aurait pour effet d'en rendre l'exécution impossible ». Des décisions rendues pour la location d'un chauffeur sont différemment motivées. Pour l'une d'elles, en mettant à la disposition du client un préposé sans valeur le commettant originaire a commis une faute dont il doit réparation (6). D'après une autre, la préposition reposant sur la choix et le commettant n'ayant pas choisi le préposé, le commettant ne peut voir sa responsabilité engagée (7).

Ces solutions sont étranges, la dernière surtout en ce qu'elle recourt à un critère abandonné, mais toutes sont

(4) Planiol, Ripert, Esmein, VI, n. 649, p. 877, note 2. — Cassan, *op. cit.*, p. 362 à 364.

(5) Poitiers, 30 novembre 1903, Chemins de fer de l'Etat c. Richer : Gaz. Pal. 1904, 1, 148.

(6) Nancy, 31 mai 1911, Soc. Drouville : Rec. Nancy, 1911, 150.

(7) Douai, 25 février 1921, Dendievel : Gaz. Pal. 1921, 1, 585 - Rev. Trim. 1921, 733.

opposées au principe que la responsabilité du loueur à l'égard du locataire est indifférente aux tiers. La cour de Poitiers peut avoir donné la réponse la plus exacte, en soutenant que le contrat est nul pour erreur sur l'objet du contrat, sur la qualité recherchée dans le chauffeur (idée d'ailleurs reprise par la cour de Nancy). Il n'en est pas moins vrai que si le propriétaire de la voiture a, en fait, autorité sur le préposé, les tiers n'ont pas à tenir compte du vice qui peut entacher le transfert de préposition. Raisonner autrement serait admettre que la clause de déplacement de la préposition a une valeur en elle-même, que sa nullité entache l'exercice régulier de la préposition : conception certainement inexacte, ainsi que l'ont montré tous les développements antérieurs.

CHAPITRE III

*CLAUSES RELATIVES A LA RESPONSABILITE DU FAIT DES CHOSES **

109) Particularités des conventions relatives à la garde. — 110) Détermination de la garde et du gardien. — 111) Applications : remise de l'objet à un professionnel. Qualité de gardien de préposé. Garde de la chose volée. — 112) Mise en œuvre des notions de garde et de gardien pour apprécier la validité des clauses relatives à la garde. — 113) Rapports des conventions de déplacement de la préposition et de la garde.

109. — La responsabilité que les art. 1384, al. 1^{er}, 1385 et 1386 C. civ. font peser sur le gardien des choses animées ou inanimées est plus lourde encore que celle que l'art. 1384, al. 5, impose au commettant. Celle-ci, malgré son extension au cours du xix^e siècle, est néanmoins réduite par le choix du préposé fait par le commettant, qui permet à ce dernier en prenant un homme diligent d'éviter des occasions de responsabilité, — et d'un autre côté par l'intelligence dont est doué l'auteur du dommage. Au contraire, les art. 1384 et ss. C. civ. entrent avec fréquence en jeu sans que l'on puisse efficacement se prémunir contre les risques de la chose dommageable.

* V. sur ce problème, M. Mazeaud, La faute dans la garde, Rev. Trim. 1925, p. 793 et s. — A. Besson, La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses, Th. Dijon, 1927. — Gaudemet, Une évolution nouvelle de la théorie de la responsabilité civile, Rev. Trim. 1927, 893, et les notes de MM. G. Ripert, D. P. 1929, 1, 129, R. Savatier, D. P. 1927, 1, 144, A. Besson, D. P. 1928, 2, 13.

Il semble donc que les conventions relatives à la garde devraient être nombreuses. Il n'en est pourtant pas ainsi. Les particuliers déplacent souvent la garde en fait, et en conséquence des contrats qu'ils passent, mais ils n'en décident presque jamais expressément. Il y a à cela deux raisons. D'une part, un préposé est souvent remis avec une chose mobilière et c'est lui qui est essentiellement considéré comme gardien. Dès lors, la responsabilité du fait des choses se ramène indirectement à la responsabilité du fait des préposés. Sera définitivement responsable le commettant de l'ouvrier. D'autre part, les particuliers prêtent surtout attention à la garde matérielle de la chose, croyant que la remise ou le maintien de la détention a des effets immédiats dans le domaine juridique. Pourtant, des conventions se rencontrent en pratique, de la validité desquelles il faut décider. Pour aborder ce problème, la méthode précédemment employée doit être utilisée à nouveau. Quand aura été déterminé le signe auquel se reconnaît le gardien, il sera aisé de déterminer la valeur des conventions de déplacement de la garde.

110. — La construction élaborée sur l'art. 1384, al. 1^{er}, C. civ. repose entièrement sur la distinction de la garde matérielle et de la garde juridique, consacrée à la fois par la doctrine et par la jurisprudence. On entend par là que le pouvoir matériel sur la chose et la garde dont parlent les art. 1384 et 1385 C. civ. sont deux notions différentes.

Mais quand il s'agit de définir en quoi consiste la garde juridique les auteurs et les arrêts se divisent : c'est pourtant là que se trouve la difficulté essentielle, car la validité des conventions qui y sont relatives en dépend. Les conventions de déplacement de la garde — comme celles qui touchaient au lien de préposition — ne sont efficaces à l'égard des tiers que si la condition

source de la responsabilité, est effectivement et réellement transmise. Est-il besoin d'ajouter que les difficultés rencontrées ne sont pas propres à l'art. 1384, que le problème se pose dans les mêmes termes, pour la garde des animaux que pour les objets inanimés et que l'examen des conventions doit être mené de front pour l'une et l'autre hypothèses? (1).

Qu'entendre, dès lors, par garde? M. H. Mazeaud y a vu un pouvoir juridique, un droit de direction ayant pour contre-partie la responsabilité quand la surveillance exercée a été insuffisante, que la chose a causé un dommage bien que, en vertu de ses droits, le gardien ait été en mesure de veiller sur elle.

M. Besson, intégrant dans sa définition la notion de chose dangereuse, propose comme caractéristique « l'imperfection de l'action de l'homme sur la chose à raison des imperfections de la chose elle-même », précisée encore « par l'inégalité de puissance entre la victime du dommage et le gardien » et « l'anomalie de l'activité dommageable ».

Ces controverses semblent simplifiées depuis l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930. Puisqu'il existe une obligation légale de garde dont la violation entraîne l'admission d'une responsabilité civile, ne suffit-il pas de dire qu'est gardien celui à qui l'on doit l'introduction de la chose dommageable dans l'activité à l'occasion de laquelle s'est produit le dommage? (2). Il est certain que, d'une manière générale, cette définition est suffisante. Mais quelque absolu que soit l'arrêt des Chambres réunies, et entendrait-on même par obligation de garde une simple obligation de réparation (en considérant que la survenance du dommage prouve le

(110-1) A. Besson, *op. cit.*, p. 81, et note, D. P. 1928, 2, 15, 7^e col. — Ap. Colmar, 22 février 1929 : Rev. J. A.-L. 1929, 220.

(2) V. la note de Labbé, S. 1886, 2, 97.

caractère nocif de la chose et l'obligation imposée par l'art. 1384 de la garder), il n'en reste pas moins qu'il ne faut, dans certains cas, considérer comme gardien que celui qui a sur la chose des droits étendus permettant de la retirer de la circulation et même du commerce juridique, de la transformer, de supprimer sa nocivité. Cette exigence est impliquée par le terme même de garde (3). La définition du gardien doit tenir compte de cette condition nécessaire du pouvoir juridique. La situation du gardien est ainsi caractérisée par son indépendance : indépendance initiale dans la mise de l'objet dans la circulation, indépendance juridique dans l'exercice des droits sur la chose (4). Cette notion simple permet de trancher les difficultés que soulèvent certains cas douteux aussi bien que de résoudre la question particulière des conventions relatives à la garde. Sur ce dernier point, elle fait déjà saillir l'élément essentiel de solution du problème : le rôle de la volonté des parties dans le transfert de la garde. Par un phénomène curieux, cette intention qui à elle seule était sans grande valeur pour les conventions touchant à la préposition, passe ici au premier plan. Ce n'est pas d'ailleurs qu'il n'y ait attribution conventionnelle de la responsabilité, ni acceptation des risques futurs, mais parce que la garde est attachée à l'introduction volontaire d'un bien dans l'activité d'un individu. Comme l'a parfaitement noté M. H. Mazeaud, la question de la détermination du gardien se ramène à une question d'intention (5). La Cour de cassation a bien appliqué cette idée, mais sans la dégager d'une

(3) V. la note de M. G. Ripert, D. P. 1930, 1, 57, sous Ch. réunies, 13 février 1930, Jeand'heur, et de M. R. Savatier, D. P. 1930, 1, 81, 6^e col. et s.

(4) Rappr. la note de Labbé, S. 1886, 2, 97.

(5) M. Mazeaud, *op. cit.*, p. 845 et 846.

manière très nette : quelques exemples permettent de justifier cette assertion tout en donnant l'occasion de serrer de plus près le problème.

111. — Une première hypothèse intéressante est celle dans laquelle la chose est remise à un professionnel. La Cour de cassation qualifie celui-ci de gardien « s'il en tire l'usage que comporte sa profession » (1). Dans cette formule ne doit-on pas voir l'adoption de la théorie du risque lié au profit? Il n'en est pourtant pas ainsi. La jurisprudence a simplement voulu marquer que le gardien est celui qui agit à son propre compte, en toute indépendance, sans avoir d'injonctions à recevoir d'autrui quand la chose lui a été remise. Elle différencie par cette formule la situation du préposé de celle du gardien. Les conséquences logiques qu'il faudrait tirer de la formule précédente étroitement interprétée le montrent d'ailleurs (2).

En premier lieu, la garde devrait se déplacer dès qu'il y a usage professionnel ; or, la garde de l'animal incombe à son propriétaire quand il assiste en personne ou par un préposé à l'intervention pratiquée par

(111-1) Cass., 2 mai 1911, Delbreil : D. P. 1911, 1, 367 - S. 1913, 1, 11 - Rev. Crit. 1911, 141, et la note de M. G. Ripert - Rev. Trim. 1912, 172, et les observations de M. Demogue. — Civ., 19 janvier 1910, Pottier : S. 1910, 1, 375 - Gaz. Pal. 1910, 1, 190 - D. 1911, 1, 131. — *Id.*, 10 novembre 1924 : D. P. 1925, 1, 49, note Savatier - Gaz. Pal. 1924, 2, 754. — Caen, 19 janvier 1928, Morin, 2^e espèce : Gaz. Pal. 1928, 1, 473.

(2) Cf. pourtant : Civ. Dunkerque, 16 juillet 1930, Botti : Gaz. Pal. 1930, 2, 928, qui pour l'aubergiste relève expressément la rémunération. — V. dans le même sens : Poitiers, 7 décembre 1903 : Gaz. Pal. 1904 - D. 1904, 2, 180 - S. 1904, 2, 99. — Trib. paix Lille, 17 décembre 1927, Accart : Gaz. Pal. 1928, 1, 408. — *Contra* : Civ. Montluçon, 17 février 1928 : Gaz. Pal. 1928, 1, 484 - S. 1928, 2, 145, et la note de M. Mazeaud.

un vétérinaire venu soigner la bête chez lui (3). Les arrêts se refusent en ce cas à transférer la garde. Cette solution est inexplicable par l'idée de profit ; elle devient au contraire claire en disant que le professionnel n'a pas en ce cas entendu faire entrer la chose dans son activité, en prendre la garde.

D'autre part, et si l'on voulait limiter la garde au fait de l'usage conforme à l'exercice de la profession, il faudrait décider que la garde n'a pas été transmise pour toute autre activité et que dans cette mesure la responsabilité continue de peser sur le gardien d'habitude. Admettre cette solution semble bien contraire à la conception générale de la garde par la Cour de cassation. Elle y voit une obligation indivisible et non alternative (4), pesant tantôt sur un gardien et tantôt sur un autre, selon la nature des faits et l'usage de la chose. La théorie de l'unité de la garde s'explique d'ailleurs parfaitement si la qualité de gardien résulte de l'introduction volontaire de la chose dans une activité.

Dès lors, le vétérinaire doit être déclaré responsable non seulement des accidents causés par l'animal alors qu'il lui donnait des soins, mais même de ceux qu'il occasionnerait s'il s'échappait, ou si l'accident survenait en dehors de l'exercice de la profession (5).

(3) Cass., 22 juillet 1930, Delmotte : Rec. Gaz. Trib. 1931, 1, 37 - Gaz. Pal. 1930, 2, 374 - Rev. Trim. 1930, 166. — Sur Ap. Angers, 4 juillet 1929, Tardieu : Gaz. Pal. 1929, 2, 717. — Caen, 19 janvier 1928 : Gaz. Pal. 1928, 1, 473 - Rec. Rouen et Caen, 1928, 2, 119 - Rev. Trim., 1928, 422 et les observations de M. Demogue. — S. 1928, 2, 145.

(4) Civ., 3 décembre 1872 : D. P. 1873, 1, 337 - S. 1872, 1, 402. — Troyes, 17 décembre 1928 : Gaz. Pal. 1919, 2, 47.

(5) M. Mazeaud (*op. cit.*, p. 848) laisse au contraire la garde au propriétaire si un cheval causait un accident, pendant qu'un vétérinaire s'en sert pour une promenade d'agrément. « La garde juridique appartient alors au propriétaire... l'animal a échappé à son contrôle, il a commis une faute dans la garde, tout comme si la

Les mêmes principes devront s'appliquer à la remise d'un cheval à un entraîneur (6) ou à un maréchal ferrant, à la remise de l'objet transporté à une compagnie de chemins de fer (7).

La même notion d'incorporation volontaire de la chose dans l'activité civile ou commerciale d'un individu permet de résoudre un second problème et de déterminer si le préposé est ou non gardien de la chose qui lui est confiée par son commettant. Sans nier que le préposé puisse, dans certaines conditions à déterminer, devenir gardien (8) et être désormais responsable, on doit refuser en principe d'appliquer à son détriment l'art. 1384 (9). Il manque au préposé l'indépendance

chose avait été volée ou si son préposé avait commis un abus de fonctions ». Les arguments d'analogie sont bien douteux, car il n'est pas démontré que le propriétaire volé conserve la garde de sa chose, — quant à l'abus de fonctions, il suppose que le propriétaire n'a pas perdu la garde ce qui est précisément son cas, lorsque l'animal est remis à un professionnel.

(6) Req., 10 novembre 1924 : D. P. 1925, 1, 49, note de M. R. Savatier, sur Paris, 16 février 1923 : D. P. 1923, 2, 47 : S. 1923, 2, 88.

(7) Civ., 15 novembre 1921 : D. P. 1922, 1, 25, et la note de M. G. Ripert, S. 1922, 1, 100. — Paris, 16 février 1923 : S. 1923, 2, 88.

(8) Req., 30 décembre 1907 : D. P. 1909, 1, 284 - S. 1909, 1, 377, note de M. Charmont, Rev. crit. 1910, 140, et les observ. de M. G. Ripert. — Civ., 16 janvier 1922, Cagnes : S. 1922, 1, 277. — Limoges, 28 novembre 1899, Branchat et Lesbazel : S. 1902, 2, 7.

(9) Civ., 27 février 1929, *Laid Fall* : D. P. 1929, 1, 129, note de M. G. Ripert, S. 1929, 1, 297, note de M. Hugueney. — Cpr. req., 12 janvier 1927 : S. 1927, 1, 129, note de M. Mazeaud, D. P. 1927, 1, 145, note de M. Savatier, Gaz. Pal. 1927, 1, 299. — Besson, *op. cit.*, p. 36.

Du fait que le préposé n'est pas en principe gardien, découlent plusieurs conséquences. A l'égard des tiers, seul le commettant est responsable, même du cas d'abus de fonctions. En second lieu, le préposé a droit à la protection des articles 1384, al. 1^{er}, et 1385 (V. Req., 25 novembre 1924 : D. P. 1925, 1, 12 et Civ., 27 février 1929, *Laid Fall*, précité).

nécessairée, l'usage personnel à ses risques et périls (10).

Enfin, la même notion intervient quand on suppose que l'objet cause du dommage a été volé au gardien.

Partant de l'idée que la faute dans la garde est prouvée par le fait même que le gardien a perdu la maîtrise sur la chose, M. Mazeaud le rend responsable des accidents causés par le voleur (11). M. Besson, par un procédé à peine différent, aboutit à la même conclusion. La jurisprudence se refuse pourtant à admettre cette solution (12), et il faut l'approuver, car par le fait même du vol, la chose s'est trouvée incorporée dans une activité nouvelle, un autre individu l'a fait entrer dans les éléments de causalité du dommage.

A travers ces trois hypothèses se retrouve toujours la notion d'indépendance du gardien qui en constitue comme le fil de trame. C'est elle que relève la jurisprudence, plus encore que le pouvoir de direction (13). C'est ainsi que la cour de Poitiers relève que le gardien « n'a ni instructions ni ordres à recevoir », que la cour de Paris déclare en premier lieu « que la garde juridique est caractérisée par une indépendance complète », avant d'ajouter qu'elle implique également

Quand il est devenu gardien, la seconde de ces propositions perd sa valeur (Cpr. la note *I nonies* de M. Et. Bartin sous Aubry et Rau, t. V, § 448, 5^e éd., p. 423. — Paris, 9 avril 1927 : Gaz. Pal. 1927, 2, 248 - Rec. Ass. 1927, 207).

(10) G. Ripert, note D. P. 1929, 1, 129, 3^e col. — Rappr. Cour supérieure justice Luxembourg, 24 décembre 1929, Rehlinger : Pas. b. 1930, 2, 186. — Cass. belge, 16 octobre 1902, Michel : Pas. b. 1903, 1, 350.

(11) M. Mazeaud, *Faute dans la garde*, p. 853, 854.

(12) Paris, 5 décembre 1925 : S. 1926, 2, 39 - D. P. 1929, 2, 95, note Dallant. — Nîmes, 19 novembre 1928 - S. 1928, 2, 93 - D. H. 1928, 375 - Gaz. Pal. 1928, 1, 710 - Rec. Ass. 1928, 91. — *Contra* : Trib. Seine, 25 mars 1925 : Gaz. Pal. 1925, 2, 81).

(13) Poitiers, 13 juillet 1914 : D. P. 1917, 2, 80.

« un pouvoir de commandement, de direction, de surveillance effective et de contrôle conférant au gardien la faculté de donner des instructions ou des ordres par lesquels il engage sa responsabilité » (14).

112. — Ces principes étant dégagés, l'appréciation de la valeur des conventions relatives à la garde apparaît simple, bien qu'exigeant une distinction assez fine. La volonté des parties, l'attribution conventionnelle de la garde ne devraient avoir nulle valeur et n'en ont pas en elles-mêmes. Mais, d'un autre côté, comme par cette manifestation, les contractants ont entendu remettre la chose à l'un d'eux en toute indépendance et que le nouveau gardien volontairement en prend charge, ces conventions se trouvent valables parce que les conditions d'existence de la responsabilité ont été transférées (1). La volonté de déplacer la responsabilité n'est pas prise en considération pour elle-même, mais pour ce qu'elle traduit : la constitution d'un tiers en gardien autonome (2), et c'est précisément pour cette raison qu'aucune convention expresse ne se trouve nécessaire.

C'est en ce sens qu'il faut interpréter les motifs des arrêts de la Cour de cassation qui font reposer les transmissions de la garde sur l'intention des parties, sur le fait que le gardien habituel a entendu se dégager de tout souci, qu'il en remet la garde, reportant sur le nouveau gardien qui l'accepte la responsabilité qui lui pourrait incomber. La validité de ces conventions doit donc être très largement reconnue : seules sont frappées d'invalidité celles qui seraient simulées.

(14) Paris, 18 juillet 1930, V^o Hallet : Gaz. Pal. 1930, 2, 674.

(112 - 1) Req., 30 décembre 1907 : P. fr. 1909, 1, 377 - D. P. 1909, 1, 284.

(2) V. la note de M. G. Ripert, Rev. Crit. 1910, 140, sous Req. 30 décembre 1907, précité.

On devra particulièrement reconnaître la possibilité de remettre la garde à un préposé (3). On objecterait en vain la contradiction qu'il y aurait à voir un préposé gardien, c'est-à-dire indépendant, alors que la condition du préposé est toute de dépendance. Ces deux données se concilient parfaitement : un préposé pouvant être dirigé dans son activité générale tout en ayant une liberté complète par rapport à une chose. Mais si la remise de la garde à un préposé est concevable, il est exact qu'elle sera très rare en fait et que cette solution devra être repoussée, chaque fois que le préposé n'agit pas en toute indépendance à l'égard de la chose.

113. — L'effet reconnu en principe aux conventions relatives au transfert de la garde fait pourtant apparaître une difficulté nouvelle.

Si la garde est caractérisée par l'incorporation d'une chose dans l'activité, de même que la préposition est attachée à l'intégration d'un préposé dans une organisation civile ou commerciale, les deux théories du déplacement de la responsabilité par déplacement de la préposition et de garde concordent donc (1). Le fait est d'importance, car dans bien des hypothèses les deux questions se trouvent mêlées. Les problèmes soulevés par la combinaison de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui demandent ainsi à être examinés de plus près (2).

Il en est tout d'abord ainsi quand un préposé est

(3) Cass., 15 décembre 1930 : D. H. 1931 et *supra*, n° 33.

(113-1) V. sur certains aspects de la combinaison, les notes de M. G. Ripert : D. P. 1925, 1, 5 (6^e col. 3^e) et de M. R. Savatier, note D. P. 1927, 1, 147, 3^e col.

(2) On notera particulièrement un arrêt de Req., 12 février 1927, précité, où après acquittement du préposé (entraînant l'impossibilité d'agir par l'art. 1384, al. 5 C. civ., la victime tenta d'agir par l'action

remis à un locataire qui l'emploie à la conduite de la chose dommageable. On suppose que le commettant originaire garde seul cette qualité, le locataire étant gardien de la chose. Si un accident se produit un conflit s'élève entre gardien et commettant qu'une distinction permet de résoudre.

Si le gardien est poursuivi — ce qui sera le cas normal (3) — il ne pourra échapper à la responsabilité qui pèse sur lui qu'en démontrant la faute du préposé d'autrui : elle constituera à son égard la preuve du fait étranger qui l'exonère de sa responsabilité. (4) Seul le commettant sera dans ce cas responsable.

Si le commettant est attaqué, la victime devra prouver la faute du préposé pour triompher dans son action. Les deux situations sont donc complémentaires.

Ces solutions seront repoussées si l'on admet en pareil cas, comme le fait la jurisprudence, que les com-

de l'article 1384, al. 1^{er} et la responsabilité pour la garde. La Chambre des requêtes n'examina malheureusement pas le problème, décidant que le maître avait commis son préposé à la garde de la voiture, et avait ainsi cessé d'être gardien.

(3) M. Besson : D. P. 28, 2, 13, note que l'action de l'article 1384, al. 5 est plus fréquemment employée que celle de l'article 1384, al. 1^{er}, bien qu'elle oblige à faire la preuve de la faute du préposé. Mais on suppose alors que commettant et gardien ne constituent qu'une seule personne.

(4) V. R. Savatier, note D. P. 1930, 1, 81, 5^e col., sous Req., 3 mars 1930, Soc. Leclereq. — Planiol, Ripert et Esmein, Tr. prat, t. VI, n° 549, p. 877, note 2 et, Chambéry, 8 mai 1928, De Luzerna *ante* (Cass. req., 1^{er} mai 1930), qui se refuse à exonérer le gardien parce que le conducteur n'a pas commis de faute personnelle. L'eût-il commise d'ailleurs la solution n'eût guère été changée, l'arrêt reconnaissant que l'ami conduisant la voiture était le préposé du gardien. — Paris, 26 juillet 1926, Weill : G. Pal. 1926, 2, 629. — Seine, 30 avril 1925 : G. Trib., 31 mai 1925 - *Id.* 4 mai 1925 - Gaz. Pal. 1927, 2, 248. — Paris, 9 avril 1927 : Gaz. Pal. 1927, 2, 248. — V. pour une hypothèse où l'accident est dû au seul fait de la chose. — Req., 16 décembre 1929, Cie d'assurances La Foncière : D. H. 1930, 83.

mettants sont responsables respectivement selon la nature de la faute commise par leur préposé. Le gardien sera alors responsable tant en cette qualité qu'en celle de commettant pour les fautes commises au cours de l'exécution de ses ordres. Il sera au contraire déchargé des fautes techniques qui incomberont au commettant d'habitude. Enfin, on devra faire supporter au seul gardien et à ce titre, la responsabilité des accidents dont la cause est demeurée inconnue.

Dans une seconde hypothèse, la situation se trouve plus complexe : il s'agit des contrats par lesquels l'objet dommageable est loué. Dans ce cas, semble-t-il pourtant, aucune difficulté ne devrait se présenter. Ou l'on admet que le locataire est seul gardien; et en ce cas le loueur est déchargé de toute responsabilité, — ou il garde cette qualité, et le problème doit être résolu dans les mêmes termes que pour l'espèce précédente, *mutatis mutandis*.

Une partie de la doctrine a pourtant proposé une solution plus nuancée, en reconnaissant l'existence possible de plusieurs gardiens à l'occasion de la même chose, de même que l'on répartit éventuellement entre plusieurs commettants la réparation des dommages causés par un même préposé. « Le garagiste », par exemple, « sera responsable des accidents dus au vice de la machine parce qu'il conserve un pouvoir juridique, un droit de direction sur les organes dont le locataire ignore les défauts et auxquels il ne peut toucher. Au contraire, le locataire répondra des dommages qui ont une cause différente » (5). Cette construction peut être élégante, sa solution n'est pas satisfaisante. Les arrêts sur lesquels on la fonde ne sont pas très probants et la répartition des responsabilités est ici beau-

(5) A. Besson, *op. cit.*, p. 37.

coup moins justifiable qu'elle ne l'était pour les actes des préposés.

En effet, la responsabilité du commettant peut être engagée par un ordre sans que celui-ci ait un caractère fautif. Au contraire, on imagine difficilement qu'un accident non imputable à un vice de la chose ne le soit pas à celui qui s'en sert. Et, de fait, dans tous les cas où l'on a tenté d'attribuer exceptionnellement à un individu la qualité de gardien, (fausse manœuvre du locataire, surcharge exagérée de la grue), il y avait visiblement une faute : la solution aurait été aussi justifiée par le recours à l'art. 1382 C. civ. (6). Bien plus, si l'on opposait à la victime cette prétendue distinction, celle-ci la repousserait, comme reproduisant l'opposition du fait de l'homme et du fait de la chose condamnée par la Cour de cassation.

Il n'est donc pas étrange de voir la Cour suprême admettre le déplacement intégral de la garde (7) et de constater que certains représentants de cette doctrine semblent y renoncer. Dans une note récente, M. A. Besson, remarquant que l'automobiliste qui laisse conduire un ami ne cesse pas d'être le gardien de la chose, ajoute : « La situation serait toute différente si le pro-

(6) Req., 27 octobre 1924, Cie Charbonnière de Manutention : Gaz. Pal. 1924, 1, 612. — Com. Seine, 17 janvier 1925 : Dor. Sup. 3, 215. — V. également 3 (319), 4 (231) (751). — Certains arrêts que l'on a pu présenter comme caractéristiques d'une distinction faite entre les gardes se rapportent en réalité à la distinction faite entre les commettants. — V. Crim., 24 juillet 1920, Serradel : D. P. 1921, 1, 30. — Cass., 3 avril 1908, Soc. Krieger : S. 1908, 1, 423. — Rouen, 4 mars 1921, Lemeunier : Gaz. Trib., 17 juin 1921. — Req., 7 novembre 1910, Soc. Léon : S. 1911, 1, 87.

(7) Cass. 15 décembre 1930 : D. H. 1931, p. 36. — V. Grenoble, 27 octobre 1925 : D. H. 1925, 677. — Civ. Seine, 21 janvier 1928, Delessard : Gaz. Pal., 1928, 2, 446, sous note. — Et les arrêts cités par M. Besson : D. P. 1928, 2, 13 (8^e col.).

priétaire de l'automobile confiait à un tiers l'usage de sa voiture. Ici, à moins d'intention contraire, et cette constatation appartient aux juges du fait, il faut présumer que le propriétaire a transféré à l'emprunteur la garde juridique de la chose : il n'a pas, pendant le temps du prêt, d'ordres à donner au conducteur aussi bien pour l'entretien que pour la conduite ; il n'est plus le maître indépendant de l'automobile... C'est l'emprunteur qui a le pouvoir juridique sur la chose, c'est à lui qu'incombe l'obligation de prendre les précautions pour éviter le dommage, c'est lui le gardien » (8). C'est bien lui en effet qui, ayant introduit la chose dans l'activité source du dommage, possède le droit de mettre la chose hors d'état de nuire, c'est-à-dire de la retirer de la circulation ou de contraindre le garagiste à la mettre en état.

Une troisième situation peut être enfin imaginée en combinant les deux premières espèces : on se trouve alors en présence des hypothèses de déplacement de la garde et de la préposition. Il ne se présente guère de difficultés nouvelles : il n'en existe aucune si le loueur reste à la fois commettant et gardien ni, ce qui est plus fréquent, s'il perd les deux qualités. Les autres cas (distinction du commettant et du gardien) se résolvent par les principes précédemment posés. En l'absence d'une convention formelle, on voit donc que les déplacements de la garde et de la préposition ne sont pas nécessairement liés. Ils ne le deviendraient que si l'on

(8) D. P. 1928 2, 13, 2^e col. — Cpr. R. Savatier, note : D. P. 1927, 1, 147, 3^e col. qui souligne que le propriétaire remettant la chose à un gardien indépendant ne peut être considéré comme commettant quant à la garde. — Rapp. Req. 3 juin 1904 : D. P., 1907, 1, 177, note de M. L. Josserand. — Id. 19 janvier 1914 : D. P. 1914, 1, 303. — Id. 21 janvier 1919 : D. P., 1923, 1, 120.

Par contre M. Mazeaud : S. 1927, 1, 129, 10^e col., maintient la distinction entre les deux gardes.

admettait à la fois, une division de la garde et de la préposition selon l'origine de l'accident, et en attribuant aux loueurs tous les accidents d'origine technique : qu'ils dépendent de l'activité du préposé ou de la chose elle-même.

S'il n'en est pas ainsi en principe, le lien entre les deux sources de responsabilité se retrouve pourtant quand une convention formelle intervient. Alors la garde et la préposition sont transférées ensemble, le locataire ayant acquis des droits complets sur la chose et sur le préposé qui lui ont été remis.

Si l'on jette, en terminant cette étude, un regard d'ensemble sur la jurisprudence relative aux clauses de modification des conditions d'existence de la responsabilité civile, on ne peut manquer d'être frappé de la richesse des matériaux qu'elle met en œuvre, qu'il s'agisse de fait personnel, de fait d'autrui ou de fait des choses : des études particulières une idée générale ne peut-elle pas se dégager ?

IV

**Validité des conventions modifiant
en matière délictuelle
les conditions d'existence de la responsabilité**

114. Principe général : disparition en une personne des éléments constitutifs de la responsabilité. — 115. Clauses relatives au fait personnel : Caractère de l'article 1382 C. civ. — 116. Clauses relatives au fait d'autrui : effet à l'égard des tiers. — 117. Clauses relatives à la garde : effet à l'égard des tiers. — 118. Détermination de l'autorité chargée du contrôle des qualité de commettant et de gardien et la réalité des déplacements de responsabilité.

114. — De l'examen des conventions précédentes une même note se dégage : ces conventions d'exonération de la responsabilité ne sont licites que si les éléments constitutifs de la responsabilité disparaissent dans la personne normalement responsable.

115. — Il apparaît alors que cet effet ne peut se produire en principe pour la responsabilité du fait personnel, attachée à la commission d'une faute. Cet élément est intransmissible : aucune convention de déplacement de la responsabilité ne trouve place ici. L'auteur du dommage peut seulement se réserver la preuve des circonstances dans lesquelles se produit son acte, afin de

pouvoir ultérieurement discuter son caractère fautif. Il peut, d'autre part, se placer dans des conditions telles que son acte deviendra licite. Si la faute consiste dans la violation d'une obligation préexistante, il suffit en effet de modifier le contenu de cette obligation pour détruire le caractère illicite de l'acte. Si simple qu'elle soit, cette constatation permet de douter du caractère d'ordre public des articles 1382 et ss. C. civ.

Sans doute, et par suite de la nature même de la responsabilité délictuelle, qui implique que l'auteur et la victime ne sont liées par aucun rapport antérieur à l'acte dommageable et ayant pour objet d'en assurer la sanction, l'art. 1382 représente une règle indispensable de police juridique. Dans l'état d'isolement où se trouvent les individus, il est nécessaire que la loi détermine les obligations respectives de chacun d'eux et porte des sanctions contre les atteintes aux droits d'autrui. Quel que soit le degré de perfection de la civilisation et la valeur de la règle de droit positif posée, le devoir pour chacun de réparer les conséquences de ses actes nocifs se retrouve toujours : il y a là une condition nécessaire de la vie sociale ; du point de vue du droit naturel le « *neminem laedere* » apparaît même comme le premier des principes. Mais les seules conséquences de cette constatation résident dans l'obligation, pour le législateur de réprimer l'activité jugée illicite, et pour l'individu dans l'impossibilité de nier l'obligation de ne pas nuire dont il est tenu. De par sa seule volonté il ne peut s'affranchir de cette responsabilité légale.

Mais rien n'empêche deux particuliers de régler entre eux leurs obligations respectives, d'autoriser l'un d'eux à commettre tel ou tel acte qui, en l'absence de conventions, eût été source de responsabilité ; tous les contrats permettent d'atteindre ce but. La limitation de la volonté des parties ne rencontrerait d'obstacles,

que si un lien de droit antérieur interdisait à l'une d'elles certains actes : telle l'obligation de garantie qui empêche le vendeur de troubler à son gré l'acheteur, malgré une convention formelle ; mais il s'agit encore ici de respecter une convention antérieure. Par leur accord de volonté, les parties peuvent même détruire le caractère pénal de certains actes, quand les délits prévus impliquent dans leur définition l'absence de consentement de la victime : le vol, par exemple. En ce sens, il est inexact de dire que toutes les règles du droit pénal sont d'ordre public ; les parties peuvent détruire les éléments constitutifs de l'infraction quand ils dépendent de leur volonté. Quant aux autres délits, il est évident que le consentement de la victime est inopérant, les obligations établies par la loi étant jugées par elle tellement importantes pour le bon ordre social que les parties ne peuvent s'en affranchir : la sanction pénale d'un acte ne dépend pas alors de la convention particulière. Faut-il étendre cette règle au droit de la réparation civile ? Bien que la solution soit discutable on en peut douter, car il y a de la part de la victime qui a consenti ou sollicité l'acte illicite une *immoralité* certaine à demander ensuite réparation du préjudice subi ; il peut y avoir nullité de la convention civile, mais la règle *nemo auditur* devrait recevoir application en ce cas (1). Si l'on néglige cette dernière difficulté, on voit donc que les parties peuvent, même en matière délictuelle, exclure la responsabilité du fait personnel par destruction de la condition de *faute*, source de la responsabilité. La notion d'ordre public n'intervient que pour interdire à l'auteur de s'affranchir de sa respon-

(115-1) V. Stephen's Commentaries, t. III, p. 525, qui admet la valeur du consentement de la victime, « car il serait déraisonnable, après que j'ai donné mon consentement, de me permettre la poursuite en dommages-intérêts ».

sabilité à l'égard des tiers qui n'ont pas autorisé l'acte dommageable.

On notera d'autre part, et comme rappel d'une idée précédemment rencontrée (2), que certains professionnels se voient imposer des obligations impératives dont ils ne peuvent se décharger. Il semble que le médecin, l'avocat, le notaire, dont les professions sont organisées par la loi, et dont l'exercice de l'activité est également autorisé et régi par elle, occupent, selon le mot de M. Demogue, de véritables postes sociaux (3), qu'ils appartiennent à des organisations instituées plus pour le bien commun que dans l'intérêt des particuliers qui en sont membres. Leur condition ressemble à celle des agents d'un service public qui par des conventions particulières ne peuvent restreindre leur diligence, se soustraire à leurs devoirs. Telle est l'idée par laquelle on pourrait à la fois définir ces situations particulières dans lesquelles l'autonomie de la volonté disparaît, justifier le caractère délictuel de la responsabilité encourue, expliquer le mouvement qui pousse ces professionnels à se grouper et à recevoir de l'Etat un statut et des pouvoirs particuliers. D'autre part, et avec le mouvement contemporain vers la socialisation du droit, qui tend à faire de chaque particulier un auxiliaire de l'activité étatique, à le fonctionnariser, si l'on peut dire, on peut pressentir que la liste restreinte aujourd'hui de ces professions à responsabilité rigoureuse s'étendra. Les lois qui imposent au patron de coopérer à l'assurance « sociale » de ses employés, la jurisprudence qui l'oblige à prendre des mesures pour la conservation des effets de ses ouvriers (4), les décisions

(2) V. *supra*, n^{os} 65, 93.

(3) V. R. Demogue, *Oblig. V. n° 897*, et *Professionisti e non professionisti*, riv. *Int. di filosofia*, 1921, p. 5 et ss.

(4) *Supra*, n^{os} 38, 90.

de la doctrine qui estime que l'hôtelier ne peut se dégager de l'obligation de recevoir les dépôts que lui confient ses clients (5)... plus généralement la tendance à faire sortir de chaque contrat, par voie prétorienne, une série d'obligations plus riches, sont significatives de cet état d'esprit.

Sans doute, et ainsi qu'il a déjà été montré, dans la mesure où les clauses de non-responsabilité sont valables, les parties peuvent faire disparaître les obligations accessoires (se trouvant alors, par la mise en jeu de l'action délictuelle, dans une situation analogue à celle qui résulte du renversement de la charge de la preuve), mais le caractère impératif est déjà reconnu par la loi à certaines obligations, et la prohibition croissante des clauses d'exonération, entraînant celle des conventions qui, directement, imposent au créancier la charge de la preuve, limite chaque jour en ce domaine l'autonomie de la volonté.

116. — Si les conventions relatives à la responsabilité de l'art. 1382 se bornent à détruire en la personne de l'auteur prétendu la source de la responsabilité, celles qui touchent à la responsabilité du fait d'autrui cherchent à déplacer la charge de la responsabilité. Puisque, pour leur validité, il est nécessaire que les éléments constitutifs de la responsabilité aient été transférés, ces conventions produisent par ce fait même effet à l'égard des tiers.

Pour la responsabilité du fait des préposés la situa-

(5) Lyon, 24 juin 1920 : D. P. 1922, 2, 40 - Rev. Trim., 1922, 913 et les observ. de M. R. Demogue, qui relève le caractère de « service privé » du logement des voyageurs..., « la mission sociale » que chacun doit remplir, qu'il assume en choisissant une profession. — Rapp. pour l'obligation de contracter imposée à certains professionnels, J. Chabas : De la déclaration de volonté en droit civil français, Th. Paris, 1931, p. 30 à 33.

tion est relativement claire. A défaut de convention contraire — et si l'on suit la tendance de la jurisprudence à diviser les responsabilités — les circonstances de l'accident permettent la désignation facile du commettant responsable. Il est aisé de discerner si l'accident causé par le grutier, le chauffeur proviennent d'une faute technique (mauvaise manœuvre, par exemple) et d'en faire supporter le poids au commettant originaire, — ou d'autres fautes, tel l'excès de vitesse commis dans l'exercice ou dans l'abus des fonctions — qui reste à la charge du commettant. Quand une convention transfère au locataire tous les droits sur le préposé, ne pourrait-on pas se demander si la même solution ne devrait être appliquée, quitte à conférer au commettant d'habitude un recours contre le commettant effectif? Cette solution doit être repoussée : aucune condamnation ne peut être prononcée contre le premier. Il faut pourtant réserver les cas, dans lesquels le préposé causerait aux tiers un dommage, que l'existence des liens de commission antérieurs a seule rendu possible. L'acte est alors commis en dehors des nouvelles fonctions. Le tiers qui en aurait souffert, ignorant la disparition de la commission originaire, pourrait à bon droit l'imputer au premier commettant.

117. — La situation est plus délicate quand il s'agit de la garde. Voudrait-on maintenir, comme on l'a proposé, la distinction des deux gardiens selon que la cause de l'accident tient ou non au vice de la chose (1), on rencontre l'impossibilité de distinguer à l'égard des tiers entre le fait de l'homme et le fait de la chose. L'arrêt des chambres réunies condamne encore cette distinction et on ne peut la réintroduire en répartissant entre deux personnes l'obligation de garde. Non

(117-1) Supra, n° 113.

seulement la solution serait d'application difficile, mais elle obligerait à une discussion judiciaire sur la notion de vice, qu'a voulu éviter la Cour de cassation en donnant une portée générale aux termes de l'art. 1384 (2).

A l'égard des tiers, le seul gardien est donc le locataire, l'usager de la chose dangereuse : lui seul peut être poursuivi. Par contre, entre loueur et locataire, la répartition des responsabilités conformément à la directive précédente est admissible : de même que le second commettant pouvait, par la voie contractuelle, se tourner contre le premier s'il ne lui avait pas remis un préposé qualifié, de même le gardien peut agir contre celui qui a remis l'objet infesté de vices cachés. On combinera au besoin ce principe avec ceux qui gouvernent les contrats spéciaux de déplacement de la garde, et notamment avec l'art. 1891 C. civ.

Les droits que la victime pourrait tirer de l'art. 1382 C. civ. sont d'ailleurs conservés : elle aurait une action directe contre le gardien d'habitude s'il avait commis une faute en remettant la chose dommageable à une personne incapable de la diriger, ou (à plus forte raison) susceptible de mal en user.

118. — Un dernier point doit être enfin précisé. A quelle autorité incombe-t-il en dernière analyse de déterminer les qualités de gardien et de commettant? Y a-t-il là une question de fait ou de droit?

On représente habituellement la jurisprudence de la Cour de cassation sur ces deux points comme assez hésitante (1), se réservant tantôt le contrôle de la décision des juges du fond, et tantôt la leur abandonnant. La jurisprudence s'éclaire pourtant par une distinc-

(2) A. Besson, *op. cit.*, p. 51 à 60.

(118-1) V. M. Mazeaud, *op. cit.*, p. 845, 846 et note : S. 1927, I, 129, 8^e col. — A. Besson, *op. cit.* p. 84 et 85.

tion. La Cour suprême a qualité pour définir les éléments des notions de garde ou de préposition, et à plusieurs reprises elle a eu l'occasion de le faire d'abord et très nettement pour l'art. 1385 (2), postérieurement et avec moins de précision pour l'art. 1384 (3). Mais comme les éléments de ces définitions comportent des données de fait (exercice de l'autorité, durée des fonctions, pouvoirs sur la chose, intention du gardien d'agir en maître indépendant), la Cour reconnaît d'autre part l'appréciation souveraine sur ce point des premiers juges. Elle conserve, par contre, son contrôle sur la réunion des éléments nécessaires, et sur la concordance entre la conception de la garde et de la préposition des juges du fond et sa propre théorie. Cette distinction permet de relier et d'expliquer les divers arrêts de la Cour de cassation (4).

(2) V. Cass. 2 mai 1911, Delbreil. — 19 janvier 1910, Pottier. — 10 novembre 1924, précités. Attendu que doit être considéré comme le gardien de l'animal..., celui qui... en fait l'usage que comporte l'exercice de sa profession. — V. en dernier lieu : l'arrêt Delmotte : G. Pal, 1930, 2, 374.

(3) V. pour l'art. 1384, al. premier, et sur la définition du gardien : Cass. 15 décembre 1930 : D. H. 1931, 36. — Cass. 12 janvier 1927, Desmettre. — Civ. 17 février 1929, Laïd Fall. — Req. 10 novembre 1924, Soc. charbonnière de Manutention. — Civ. 16 janvier 1922, Cagnes, précités, — pour l'art. 1384, al. 5 : Cass., 12 janvier 1927 précité et tous les arrêts précités qui définissent le commettant par le droit de donner des ordres et déterminent les conditions de déplacement de la propriété.

(4) Il arrive d'ailleurs fréquemment que la Cour de cassation se borne à rappeler la constatation des faits par les juges du fond pour affirmer qu'il n'ont, en déduisant les qualifications particulières, violé aucun texte. — V. Cass. 22 juillet 1930, Delmotte, précité.

DEUXIEME PARTIE

CLAUSES AYANT POUR OBJET LA LIMITATION OU L'EXONERATION DES CONSEQUENCES D'UNE RESPONSABILITE RECONNUE

(Clauses dites d'exonération ou de limitation
de responsabilité)

119. Distinction de ces conventions et de celles qui limitent l'étendue des obligations. Détermination des données du problème. — 120. Elimination des textes romains. — 121. Elimination des textes législatifs prohibant ou validant les clauses d'exonération. — 122. Elimination des articles 1327, 1927, 1928 et 1992 C. civ.; des art. 1627 et ss.; des art. 2044 et 2046 de l'art. 1152 C. civ. — 123. L'article 353 C. com. — 124. Critique de l'assimilation des clauses de non-responsabilité et d'assurance des fautes. — 125. Analogie partielle entre les deux conventions. — 125. Opposition entre les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité (I) et d'association d'assurance et de clauses d'exonération ou de substitution de responsabilité (II).

119. — L'étude des clauses, ayant pour objet de décliner les conséquences d'une responsabilité engagée à la suite de l'inexécution d'une obligation contractuelle ou légale, présente de prime abord toute une série de traits qui la différencient de celle qui l'a précédée.

Par les premières conventions, le débiteur se réservait d'altérer en quelque sorte le type courant du contrat pour y substituer une forme plus avantageuse pour lui. Ici, au contraire, toutes les obligations légales dans leur durée, dans leur intensité sont rigoureusement maintenues ; le débiteur déclare seulement s'exonérer des conséquences de l'inexécution. Les conventions modelant l'étendue des obligations du débiteur sont donc en un certain sens plus anormales que les secondes, mais cette anormalité même explique le traitement de faveur qui leur est faite : il est impossible de les généraliser : elles ne dégénèrent pas en contrats d'adhésion, ne risquent pas de constituer à la longue un nouveau droit de la responsabilité, tel que celui qui résulterait de la longue pratique des clauses d'exonération, et avec lequel, l'individu lésé dans sa personne ou dans ses biens se trouverait privé le plus souvent de son droit à indemnité. C'est dans la généralisation possible de la clause d'exonération que se trouve son véritable danger.

Or, il faut bien en convenir, les procédés qui permettraient de résoudre ce problème inquiétant, font défaut.

120. — Sans doute allègue-t-on l'autorité des lois romaines, la possibilité reconnue de faire toutes conventions à l'exception de celles qui porteraient sur le dol (et, ajoute-t-on, sur la faute lourde). Labbé a même montré avec une rare vigueur que la clause d'exonération avait même dû être assez répandue à Rome (1), et que dans un cas au moins elle produisait un effet absolu. Ulpien (2), analysant la convention, par laquelle un potier accepte de façonner un vase, et décidant qu'il est tenu de réparer le dommage s'il brise par sa faute

(120-1) Lettre à Thaler, *Annales dr. commercial*, 1886, I, p. 185.

(2) D. 92, *Ad leg., Ag.*, 27, 29.

l'objet qui lui a été confié, ajoute « que les artisans ont l'habitude de convenir de ne pas répondre des risques » lorsqu'on leur remet une matière fragile, « convention qui supprime l'action du louage comme celle de la loi Aquilie ».

Pour le transport maritime, il est possible de citer des textes semblables. Le capitaine invitait chaque passager à veiller sur les objets transportés (3), ne répondait ni de la perte ni des détériorations : on en déduisait l'absence de recours contre le capitaine, la convention faisant la loi des parties (4).

Ces considérations peuvent avoir leur valeur, elles ne sont pas déterminantes, car elles n'équivalent pas à un texte législatif. Leur valeur pratique est même douteuse, car la solution donnée à un problème juridique varie selon les temps, les milieux économiques. L'évolution du droit romain est trop évidente, à ce point de vue, pour que l'on doive se considérer comme obligatoirement lié par les règles qui s'y trouvaient consacrées. Elles méritent, par contre, de retenir l'attention par la valeur des principes sur lesquelles elles reposent : la liberté des conventions, l'ordre public, les rapports des responsabilités contractuelle et délictuelle.

121. — Pas plus que les lois romaines, les textes légaux ne peuvent être d'un grand secours.

Il convient, en premier lieu, d'éliminer les dispositions législatives concernant les conventions d'exonération et qui sont intervenues pour les prohiber ou les valider.

Dans le premier groupe se placent les lois des 17

(3) L. 7 pr. fr. naut., caup., stab.

(4) Denisse : Du contrat de transport par mer. Thèse Dt romain, Paris 1891 [16] et Digeste, 1, 16 fr. 16-3 depositi et, plus généralement Dig. 19, 2, req. jur., 13, § 5. — Dig. 50, 17, de reg. jur. 23.

mars 1905 modifiant l'art. 103 C. com. et interdisant au voiturier toute clause d'exonération, l'art. 30 de la loi du 9 avril 1898 (modifié le 3 mars 1905) annulant toute convention contraire à la réglementation légale de la responsabilité du patron, la loi du 19 juillet 1928 modifiant l'art. 1780 C. civ. relatif aux conventions sur les brusques ruptures du contrat de travail, et enfin la loi du 10 mars 1930 sur les clauses de non responsabilité concernant les dégâts causés par les lapins.

A ces dispositions s'opposent celles qui valident plus ou moins complètement les clauses, telle la L. 31 mars 1924, art. 42, permettant au transporteur aérien de s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe à raison des risques de l'air ou des fautes nautiques de ses préposés, si l'aéronef est en bon état de navigabilité au départ et le personnel muni des brevets et certificats réglementaires. Les conventions internationales de La Haye et de Bruxelles pour le transport maritime sont intermédiaires entre les deux législations. Le § 8, art. 3 de la convention interdit toute clause exonérant le transporteur autrement qu'elle ne le prescrit, mais le § 2 relève comme faits exonératoires les fautes des préposés nautiques dans la navigation ou l'administration du navire, situation assez voisine de celle qu'ont créée les clauses de non-responsabilité.

Suivant la tendance d'esprit de l'auteur des arguments *a fortiori*, *a contrario*, peuvent être tirés ces lois en faveur des théories opposées de la validité ou de la nullité des conventions. Ils n'ont que peu de valeur, car sur le donné de ces textes il est aussi facile de soutenir que le législateur intervient pour faire respecter sa volonté d'invalider toutes les conventions d'exonération (quitte à autoriser certaines dérogations exceptionnelles) que d'en déduire la validité de principe de la clause : serait-il en effet besoin de recourir à une légis-

lation spéciale si des principes certains permettaient l'annulation de la convention. Il se dégage pourtant de la législation une impression d'ensemble défavorable à la clause.

122. — En dehors de ces dispositions spéciales, les textes ne sont guère plus explicites.

Certains sont tout d'abord étrangers aux clauses de non-responsabilité : tels les art. 1137, 1927, 1928 (dépôt), 1992 (mandat). Ils constituaient des guides utiles pour l'étude de la diminution de la diligence due par le débiteur, mais sont étrangers au problème nouveau qu'il importe de résoudre. Il est d'autant plus curieux de voir M. Boutaud tirer grand parti de cet argument de texte (1) qu'il posa lui-même de manière parfaite la distinction des conventions relatives au degré de soins dû par le débiteur et celles qui l'obligent à s'acquitter de son obligation en bon père de famille, sauf à être exonéré de toute responsabilité s'il y manque. Il insista même sur la différence essentielle qui les sépare au cas où l'inexécution est intentionnelle : dans la seconde hypothèse, écrit-il, on devra être responsable de l'omission des soins, alors que dans la première on ne saurait imputer au débiteur de n'avoir pas fait montre de la diligence dont on l'a dispensé (2).

L'art. 1137 ne saurait d'ailleurs permettre la suppression complète de la responsabilité du débiteur (3), mais seulement un certain allègement de ses obligations et il a été donné antérieurement de voir quelles limites doivent être posées à la volonté des parties.

Les art. 1627 à 1629 C. civ., l'art. 1643, réglant le

(122-1) N° 126 p. 218.

(2) *Op. cit.*, n° 120, p. 208

(3) Bonnecase, II, n° 538, p. 666. — Esmein, rev. trim., 1926, p. 319. — R. Demogue, *Oblig. V.* n° 1137.

sort des clauses de non-garantie d'éviction, se trouvent également exclus des éléments de solution, car ils sont, eux aussi, relatifs à la détermination des obligations du débiteur.

Restent alors dans le Code civil un certain nombre de textes d'inégale valeur.

Deux d'entre eux (art. 2044 et 2046) sont à écarter délibérément (4). On a tenté de tirer, de la validité des transactions qu'ils consacrent, un argument en faveur des clauses d'exonération. En réalité, les deux opérations sont profondément distinctes. Le caractère essentiel, que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent à la transaction, est de se réaliser par des sacrifices réciproques (5). Or, fréquemment, la clause d'exonération est imposée au créancier sans contre-partie pour lui. Mais (et ce trait moins souligné n'est pourtant pas douteux), il faut encore, pour qu'il y ait transaction, qu'une contestation soit née, ou, tout au moins, qu'existent les éléments susceptibles de donner lieu à une contestation prochaine. Rien de tel ne se rencontre dans la clause d'exonération. Celle-ci n'est-elle pas précisément dangereuse, parce qu'elle est insérée dans le contrat, c'est-à-dire à un moment et dans une forme tels que le créancier se rend mal compte du sacrifice éventuel qu'il consent ?

L'art. 1152 présente un beaucoup plus grand intérêt. « Lorsque la convention, décide-t-il, porte que celui qui manquera de l'exécuter, payera une certaine somme à

(4) V. sur la valeur de ces textes : G. Ripert : *Limites de la liberté contractuelle*, p. 374-375, et Fromageot, th. Paris, 1891, ch. III. — V. également la loi de ratification de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, rev. trim. 1931, 249 : Doc. Parl., Ch., 108 qui admet une transaction postérieure, mais refuse d'admettre toute renonciation anticipée au droit à indemnité.

(5) Planiol, n° 2285. — Colin et Capitant, t. II, 4^e éd., p. 725. — Req. 8 novembre 1892 : D. H. 93, 1, 92.

titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ». N'est-ce pas déclarer ainsi, que les clauses fixant à une certaine somme le taux des dommages-intérêts sont licites ? Si la clause limitative de responsabilité est valable, ne conçoit-on pas qu'en réduisant indéfiniment le montant de l'indemnité, on arrive à un moment donné, à la clause d'exonération totale dont la validité serait, de ce fait même reconnue. Il nous faudra plus tard revenir longuement sur cette conclusion, mais il nous suffit, pour le moment, de noter que ses deux éléments doivent être repoussés. La jurisprudence, d'une part, rejette la dernière proposition, c'est-à-dire la réduction de l'exonération à une limitation de responsabilité ramenée à néant (6). L'assimilation établie d'autre part entre la clause pénale et la clause limitative de responsabilité doit être également repoussée. Des raisons juridiques s'y opposent, que la jurisprudence n'a pas nettement dégagées, mais qui se traduisent néanmoins dans les différences de régime établies entre l'une et l'autre clause (7).

On est ainsi réduit aux seuls articles 6 et 1134 C. civ., mais ils représentent beaucoup moins des textes dont on peut tirer des arguments décisifs que l'expression des deux principes généraux du droit des obligations : autonomie de la volonté et ordre public. Ce sont eux seuls qui sont en cause et ce n'est qu'autour d'eux que doit se développer la discussion.

123. — Un dernier texte (1) doit être pourtant signalé : l'art. 353 C. com., autorisant l'assurance « des

(6) Demogue Oblig., V. 1191.

(7) V. infra, n^{os} 139 et s., 175 et 176.

(123-1) Il est, en effet, inutile de discuter certains textes relatifs à l'irresponsabilité de l'Etat dans les transmissions des lettres

prévarications et fautes du capitaine et de l'équipage ». Si sa valeur technique est douteuse, il a eu sur la jurisprudence en France, comme à l'étranger, une influence incontestable. On peut dire avec certitude que c'est lui, qui permet la reconnaissance des clauses d'exonération et qui explique certains traits de la jurisprudence. Celle-ci s'était en effet montrée défavorable à la clause de manière constante en droit terrestre (2) et le premier arrêt qui la valida, le fit en partant de l'art. 353 C. com. Cet article servait alors de simple argument de texte. S'il est licite de la part de l'armateur, disait-on, de s'exonérer des conséquences des fautes de ses préposés en les assurant, il l'est autant de s'en affranchir en dehors de toute assurance. Dans l'un et l'autre cas, on voit un individu échapper à la responsabilité qu'il devrait normalement assumer. La clause de non-responsabilité en matière maritime apparaissait ainsi comme un pacte analogue à l'assurance organisée par le livre II, titre X C. com.

De ce parallélisme, découlent des conséquences en trois directions différentes.

Par suite de son origine et de l'appui qu'elle trouve dans un texte légal, la clause de non responsabilité des faits du capitaine et de l'équipage a gardé une netteté de traits qui fait défaut aux autres clauses. La juris-

et télégrammes, ou ceux qui régissent la caisse de prévoyance des marins, assurant l'irresponsabilité de l'armateur à moins de faute grossière de sa part. Au premier cas il s'agit d'un fait du prince qui n'a aucun correspondant en droit privé; dans la deuxième hypothèse, il s'agit de réparation des accidents du travail, institution qui ne relève pas du droit de la responsabilité au sens strict.

(2) Req. 21 janvier 1807, Lartigue : S. 07, 1, 138. — Req., 9 novembre 1829, Buchon : S. 29, 1, 11. — Alger, 16 décembre 1846, Cabanon : S. 47, 2, 88. — Paris, 14 août 1847, chem. fer Versailles : S. 47, 2, 509.

prudence fait produire à la négligence clause un effet exonératoire absolu, unique en cette matière (3). L'influence de l'art. 353 C. com. allait en un domaine nouveau souligner le caractère particulariste du droit maritime.

D'autre part, du lien établi entre l'assurance et les clauses d'exonération résulta une influence de ce dernier contrat sur le premier. Seule, en effet, l'assurance maritime était réglementée par la loi. La validité de l'assurance des fautes d'autrui ou des fautes personnelles avait été douteuse en droit terrestre, pendant les trois quarts du XIX^e siècle. La nullité des clauses d'exonération déterminait celle de l'assurance des fautes.

La licéité de cette dernière convention fut au contraire consacrée quand l'assimilation entre ces deux opérations fut établie. Du moment qu'il n'apparaissait plus indispensable que l'individu répare personnellement les conséquences de ses fautes, la validité de l'assurance de responsabilité paraissait évidente. L'arrêt du 15 mars 1876 (4) dans lequel la Cour de cassation en posait pour la première fois le principe, soumet l'assurance aux règles générales des contrats. L'irresponsabilité personnelle pour la faute légère n'apparaît pas en liaison avec la théorie de l'assurance et dépendant des caractères de celle-ci; la faute n'est pas considérée comme un risque assurable. S'il est possible de s'en affranchir, c'est que toutes les conventions d'irresponsabilité sont valables. Une seule limite est po-

(3) L'art. 353 C. com. est encore fréquemment cité dans la jurisprudence relative à la négligence-clause : au contraire, il est absent des motifs des arrêts rendus en matière terrestre. — V. anciennement Cass., 14 novembre 1877 : D. 1877, 1, 449 - S. 1879, 1, 423. — 2 avril 1878 : S. 78, 1, 292. — 18 novembre 1895 : S. 96, 1, 168 et récemment : Cass. belge, 13 novembre 1924.

(4) S. 76, 1, 337, note Labbé.

sée : il n'est pas permis au moyen d'un contrat d'assurance ou de *tout autre pacte*, de stipuler d'avance l'immunité de ses fautes lourdes, l'ordre public s'opposant à une pareille convention. L'adoption de cette formule devait entraîner deux remarquables conséquences. L'absence d'originalité qu'elle imprimait au contrat d'assurance, le fait que la faute n'était envisagée que comme un fait objet de convention et non dans son éventualité, dans son caractère incertain, de source de dommages (5), amenèrent la jurisprudence à refuser d'admettre l'assurance de la faute lourde (6), malgré l'hostilité de la doctrine et l'exemple des droits étrangers (7). Seule la loi du 13 juillet 1930 devait, de ce point de vue, restituer à l'assurance sa véritable nature.

Par ailleurs, la déclaration de principe qu'il est licite de faire toute stipulation qui n'a pas pour objet d'affranchir le débiteur des conséquences de sa faute lourde ou de son dol, allait obscurcir également la théorie des clauses d'exonération : elle devrait créer tout un courant de jurisprudence admettant la possibilité, pour un individu, de s'affranchir des conséquences de sa faute légère, et contredisant une autre série de décisions émanées elles aussi de la Cour de cassation et aux termes desquelles la clause de non-responsabilité a pour effet (et, semble-t-il, pour seul effet) « d'imposer, contrairement au droit commun, au demandeur, la charge de la preuve ». En matière contractuelle, en effet, le débiteur ne serait plus responsable dès que l'inexécution est prou-

(5) Sur la faute considérée comme un risque, cf. Stéfani : De l'assurance, Th. Paris-1923 [69] 168 et ss. Sur l'assurance de la faute lourde, op. cit., 205 et ss.

(6) Req., 31 décembre 1900 : S. 1901, 1, 401, note E. H. Perreau. — Suisse : Loi 2 avril 1908. — Allemagne : Loi 30 mai 1908.

(7) Stéfani, op. cit., p. 52 et 53, 72 à 75, 138 à 148.

vée, il ne serait pas exonéré non plus par le fait de la clause. L'effet de cette dernière serait de « renverser le fardeau de la preuve ».

Enfin, et par un phénomène de réaction curieux, l'assurance pleinement développée au cours du XIX^e siècle, devait aider à la reconnaissance de la clause d'exonération et certaines décisions ont admis la validité de cette dernière stipulation en la rapprochant de l'assurance licite : M. Hugueney s'est attaché à souligner ce trait curieux, dans une note assez récente (8).

On voit donc, par les trois conséquences du parallélisme originaire établi entre les deux conventions, combien fut important le rôle de l'article 353 C. com. Mais de ce même article une autre idée devait se dégager, non plus au point de vue pratique, mais théorique.

N'y avait-il pas entre ces deux conventions plus qu'une analogie de fait (l'absence de responsabilité personnelle de l'auteur du dommage) et, au fond, la clause d'exonération ne se ramènerait-elle pas à une simple assurance des fautes ? (9) L'influence de l'art. 353 C.

(8) M. Hugueney, note : S. 1921, 2, 1 et *infra*, n.

(9) Sur cette discussion : Aubry et Rau, t. V, 373, 5^e éd., p. 624, note 10. — Saleilles : Etude sur la théorie générale de l'obligation, 3^e éd., p. 435, note 2. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n^o 407, p. 570. — Planiol et Ripert, Traité élémentaire, n^o 882. — Beudant et Capitant, Ann. Université renoble, 1906, p. 654, 655, — Colin et Capitant, II, 3^e éd., p. 12. — Thaller et Perceyrou, n^o 120, 8^e éd., p. 763 et 764, note 1. — Ripert, Droit maritime, n^o 1744. — Danjon, II, p. 632, 633, n^{os} 722 et ss. — Lyon-Caen et Renault, t. V, 744. — Bonécasse : Droit maritime, n^o 502 et ss., p. 508 et au supplément au traité de Baudry-Lacantinerie, II, n^o 526 et ss., p. 646 et ss. — Demogue, Oblig. V, 1191. — Lalou, Resp. civ., n^o 203. — Jossierand, Transports, n^o 629, p. 612. — Boutaud : Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes p. 206 à 215. — De Harven, n^o 16, p. 232. — Thaller, préface à l'ouvrage de M. Boutaud. — Labbé, note : S. 1876, 1, 337. — Hugueney, note : S. 1921, 2, 1. — Esmein : Rev. trim., p. 336. — Lyon-Caen, note :

com. se fait ici sentir et l'on ne peut s'étonner que cette doctrine ait été surtout soutenue par les commercialistes traitant du droit maritime (10).

Par la clause de non-responsabilité, soutient-on, le chargeur se porte son propre assureur. La diminution du taux du fret correspond à une prime qu'il touche : si une faute est commise par le capitaine ou par l'armateur, ces derniers sont déchargés de toute responsabilité comme s'ils étaient assurés. L'observation mérite d'être étudiée en détail, car elle permet de préciser de façon très appréciable le problème des clauses d'exonération. Le rapprochement entre les deux conventions doit être fait des deux points de vue théorique et pratique.

124. — Examinée en elle-même, la comparaison n'est pas des plus heureuses. Dire qu'un individu se porte son propre assureur est, d'une manière générale, une expression inexacte, car l'assurance suppose dans la détermination du risque, de la prime, de l'indemnité toute une organisation qui implique l'activité de deux contractants. L'application des règles de la réticence, de la réassurance, de la surassurance ou de la sousassurance sont inconcevables. Tout ce que signifie l'expression c'est que l'individu, qui prend sur lui-même d'assumer la charge de certains préjudices, doit, par une sage économie, veiller à la reconstitution du capital de son entreprise. Combien rarement d'ailleurs en est-il ainsi en pratique ?

S. 1900, 1, 209. — De Courey, *Rev. crit.*, 1885, p. 674 à 677. — Lacour, note : *D. P.* 1924, 2, 1. — Stéfani : *De l'assurance des fautes* thèse Paris 1923, p. 71 à 75, 132, 141 à 147. — Bernis, *Th. Bordeaux*, 1930, p. 103 et ss. — *Com. Bordeaux*, 7 janvier 1921 : *Gaz. Pal.* 1921, 2, 267. — Bonnecase, n° 512. — *Montpellier*, 21 février 1898 : *S.* 1901, 1, 401.

(10) *J. Bonnecase, Dr. Mar.*, n° 502 et ss.

Plus particulièrement et au cas de clause de non-responsabilité, l'opération est absolument étrangère à la notion d'assurance telle que nous la concevons. Pour qu'il y ait prime, il faudrait à tout le moins que le créancier retire un avantage de l'insertion de la clause. Le plus fréquemment il n'en est pas ainsi (1) et la prétendue prime est inexistante. D'ailleurs, l'attention du créancier devrait y être attirée, l'avantage matériel devrait être déterminable et précis afin qu'il puisse être appliqué à la réparation éventuelle du futur dommage, qu'il joue véritablement dans l'intention des parties le rôle de la prime d'assurance. Or, non seulement cette condition psychologique fait défaut, et la formule imprimée de la non-garantie va frapper des créanciers qui ne l'ont pas délibérée, mais l'avantage économique, quand il existe, ne peut le plus souvent jouer le rôle de prime. Si le créancier l'utilise pour contracter une assurance, il faudrait en effet, que la diminution de prix résultant de l'insertion de la clause, corresponde au taux de la prime. S'il se porte son propre assureur, il conviendrait encore que le groupement des risques et des primes permît économiquement l'opération (2).

La prime disparaissant en fait, l'indemnité qui résulte du groupement et de la répartition des primes disparaît aussi et, par cela même, toute réduction de la clause d'exonération à une convention d'assurance.

D'autant qu'en pratique la comparaison des deux institutions n'est pas plus décisive. L'assurance répare le dommage, la clause d'exonération le fait supporter au créancier. La première, loin de détruire la responsabilité envers la personne lésée en suppose l'existence

(124-1) Cf. Esmein, *Rev. trim.*, 1926, p. 336. — V. *infra*, n° 177, les conséquences que cet auteur en tire quant aux clauses de non-responsabilité insérées dans des contrats touchant à la vie des personnes.

(2) Stéfani, *op. cit.*, p. 143. — P. Esmein, *article précité*.

et en garantit le fonctionnement, tandis que la clause d'irresponsabilité supprimerait toute action et laisserait la victime sans aucun recours (3). « Celle-là est avantageuse pour les victimes d'une faute éventuelle, car elle assure leur indemnisation (4); celle-ci fait disparaître les droits de la victime ». S'il s'assure, le débiteur entre comme contribuable dans l'assurance des autres. L'exemption stipulée de responsabilité ne peut aucunement se ramener à cette notion au fond très généreuse (5). L'assurance ne cause aucun dommage, l'assureur se bornant à prélever, pour réparer le préjudice, une part du fond des primes que l'assuré a contribué à former (6), la clause d'exonération laisse, au contraire, le créancier sans droits et avec une puissance

(3) Planiol, *Traité él.*, II, 882.

(4) Colin et Capitant, *Dr. civ.*, II, p. 12.

(5) Thaller, *préface* et *rapport* cités, p. VI.

(6) La proposition de M. Boutaud, *op. cit.*, n° 121, p. 208 : « L'assureur dit à l'assuré : les fautes dont vous serez l'auteur et qui causeraient un dommage à votre propre chose, soit à tel de vos créanciers ou à telle catégorie de tiers, constitueront aussi à mon égard des fautes **qui me porteront préjudice**, mais je consens malgré cela à vous rendre indemne des dommages qui pourront en être la suite », contient certainement une erreur du double point de vue économique et juridique. Les compagnies d'assurances n'ont jamais souffert personnellement du versement d'indemnités d'assurance. Sans doute sont-elles obligées de répartir le fonds des primes, mais si cette obligation disparaissait, l'assurance n'aurait plus sa raison d'être. Le recours de la compagnie d'assurances contre l'auteur du dommage, si critiqué par la doctrine s'explique beaucoup plus par une permanence de la notion de peine privée et de l'injustice qu'il y aurait à laisser impuni civilement l'auteur d'un acte dommageable (alors que la victime doit à elle-même sa propre indemnisation) que par le préjudice souffert par la compagnie d'assurances. La Cour de cassation a dénié d'ailleurs à l'assureur l'action en recours au cas d'assurance sur la vie (*Civ.* 6 janvier 1914, *Compagnie d'assurances sur la vie Le Phénix c. Chemin de fer du Midi*) et la loi du 13 juillet 1920 a imposé cette règle à titre impératif.

économique diminuée... Propositions qui dépendent toutes d'une même idée : l'assurance est une convention sur les conséquences de la responsabilité, c'est-à-dire sur la réparation : elle laisse subsister un principe d'obligation ; la clause d'exonération s'attaque à cette dernière (7) ; elle se révèle exorbitante, car « il est anormal qu'un futur débiteur se ménage par avance la possibilité de faillir, sans risquer aucun dommage » (8).

Inconvénients économiques pour l'individu et pour la société, caractère anormal, tels sont les traits qui caractérisent la clause d'exonération, rapprochée de l'assurance des fautes. Quand on compare, en effet, ces deux conventions, on ne peut manquer d'être frappé — tant la remarque ressort avec vigueur — de l'attitude dissemblable de la jurisprudence à l'égard de l'une et de l'autre. L'assurance des fautes s'épanouit lentement et trouve dans la loi de 1930 sa consécration, la clause d'exonération dont la validité fut plus tôt reconnue a vu son domaine se restreindre. En un siècle bientôt, elle n'a su parvenir à la sérénité des théories classiques, et l'on a pu noter l'exaspération qui a marqué la discussion engendrée par la validité des clauses (9). Bien plus, elle suscite de nos jours un mouvement législatif qui lui est défavorable.

125. — Pourtant, on pouvait opposer aux deux conventions certains inconvénients communs. Les études consacrées aux clauses de non-responsabilité rappellent toutes la multiplication des pertes, des détériorations dues à l'exonération, le peu de soin pris des objets trans-

(7) Stéfani, op. cit., p. 145. — Aubry et Rau, t. V, § 373, note 10, 5^e éd., p. 625.

(8) Bonnecase, supp. à Baudry-Lacantinerie, II, n° 539, p. 666.

(9) J. Bonnecase, Dr. Mar., p. 510.

portés, de l'état du navire, des risques de perte de vie humaine même (1). Or, pour l'assurance, des critiques semblables ont été formulées. Pothier (2), Emerigon, Valin (3), dénonçaient en elle un pacte encourageant à commettre un délit, n'obligeant pas son auteur à réparer en personne les conséquences de ses actes. A la faveur de cette protection, les assurés ne se montreraient-ils pas négligents, voire mal intentionnés. Cette crainte n'était pas vaine. Elle s'est trouvée confirmée, pour les assurances incendie, des accidents du travail, pour les assurances sociales (4), — et le droit pénal (5), l'obligation conventionnelle imposée à l'assuré de réparer seul une partie du dommage ont été nécessaires pour réprimer les tentatives d'activité délictueuse (6). L'assurance comme les clauses d'exonération, ayant pour effet d'affranchir un individu de l'obligation, de réparer les suites de ses actes, dommages, encouragent toutes deux la négligence. Et il y a là une tendance instinctive, puisque les juristes romains dénonçaient déjà les crimes dont se rendaient coupa-

(125-1) Com. Bordeaux, 7 janvier 1921 (précité), et Bonne-case n° 512. — Esmein, *op. cit.*, p. 320. — E.-H. Perreau, *Rev. Trim.*, 1921, 641. — Demogue, *Professionisti e non professionisti*. — *Rev. Int. di filosofia*, 1921. — *Oblig.*, V, 1165.

Il convient d'ailleurs de ne pas exagérer ce trait. Sans doute, protégés par les clauses, les débiteurs commettraient impunément certaines fautes, mais la loi de concurrence ruinerait vite les débiteurs trop peu consciencieux : V. Avocat général Raynal : S. 1869, 1, 104.

(2) Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, n° 65.

(3) Stéfani, p. 41 et 225.

(4) Stéfani, p. 225.

(5) Art. 434 du Code pénal, pour l'incendie; 319, pour l'homicide par imprudence, 320.

(6) Les assurances de responsabilité professionnelle ne couvrent généralement qu'une partie du dommage. — V. Perrin, *De l'assurance de la responsabilité professionnelle du notaire et de l'avoué* Th. Paris, 1913, p. 54 et s.

bles les armateurs, garantis par l'Etat pour les transports de vivres aux armées, et qui n'hésitaient pas à couler leurs navires pour toucher les indemnités promises (7).

Si l'on a pu faire un sort différent à ces deux conventions, également condamnables de ce point de vue, n'est-ce pas qu'elles diffèrent profondément de d'autres ? C'est, en effet, que ni pour le débiteur, ni pour la Société elles ne présentent de semblables caractères. L'assurance des fautes traduit le désir de la part du créancier d'assurer l'indemnisation de son cocontractant ou d'un tiers (8). D'une part, elle coûte au débi-

(7) Tite Live, XXV, 3, cité par Huvelin. — Droit com. romain, p. 96, note 1.

(8- Par contre, il semble difficile de retenir contre l'assimilation des deux clauses, une critique que Thaller exprimait d'ailleurs avec réserve et plus, sur le terrain législatif, que sur celui du droit actuel. L'assurance n'exigerait-elle pas pour sa légalité la prise d'un certain nombre de risques, la pluralité des assurés auprès d'un même assureur, l'application de la loi du plus grand nombre ? (Thaller, Rapport cité par Boutaud, *op. cit.*, p. 209-210).

Même en admettant qu'on assujettisse un jour une entreprise d'assurances à la prise simultanée d'un certain nombre de risques, il n'en reste pas moins que l'on ne peut concevoir une opération d'assurance entre deux contractants seulement ; ce qui paraît faux, c'est, selon l'expression de Thaller (préface citée p. V.) que l'on fasse coup double en quelque sorte et que l'on prenne dans un contrat ordinaire le cocontractant pour assureur de la faute du débiteur. Comme le note M. Bonneau (Sup. à Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 537), « le contrat d'assurance se suffit à lui-même : c'est un contrat qui a pour objectif principal et direct de couvrir les risques de perte fortuits ou même fautifs devenus, en quelque sorte, matière à exercice de l'activité humaine. On ne fait pas une convention d'assurance par voie implicite et en l'encadrant dans une convention d'une autre nature. Il suffit de songer pour s'en rendre compte aux conditions qui sont exigées par la pratique et la jurisprudence au point de vue de la validité de l'assurance, notamment en ce qui concerne l'absence de réticence et la détermination du risque » (Cpr. Stefani, *op. cit.*, p. 141 et 142).

teur et, d'autre part, elle réintroduit dans l'activité économique une valeur qui en aurait disparu si l'acte de prévoyance n'était pas intervenu (9). La clause d'exonération permet une destruction définitive d'un bien. Cette double opposition, psychologique et économique, donne l'explication de la différence de traitement que consacre la jurisprudence. Il apparaît avec une évidence incontestable que, si une convention est validée et l'autre vue avec défaveur, c'est que la première indemnise et non la seconde. Quelle que soit la construction technique qu'ait pu utiliser la jurisprudence, le but qu'elle a voulu atteindre est certain : empêcher des destructions de richesses préjudiciables aux individus comme à la société : l'aveu en est d'ailleurs fait dans certaines décisions (10).

Sans doute le caractère impératif de l'obligation de réparation fondé sur une seule donnée économique peut paraître choquant aux auteurs qui ont conservé intacte leur foi dans le principe d'autonomie de la volonté et à la concordance de la volonté contractuelle et du bien général. Telle est l'idée qui inspire encore en Belgique M. de Harven : « Il ne faut pas perdre de vue que nous nous trouvons en matière conventionnelle, écrit-il. Si aucune réparation n'est due, c'est parce que celui qui doit pâtir de la perte a voulu, ou tout au moins accepté, qu'il en soit ainsi. Une pareille volonté, une pareille acceptation peut-elle être contraire aux règles supérieures qui régissent l'organisation sociale ? Personne ne pourra le prétendre. L'art. 1152 C. civ. ne prouve-t-il pas d'ailleurs que le montant de la clause pénale

(9) V. Stefani, *op. cit.*, p. 143.

(10) Com. Bordeaux, 7 janvier 1921 : Gaz. Pal. 1921, 2, 267, cité in J. Bonnecase, Dr. Mar., n. 512 *bis*. — Ap. Montpellier, 21 février 1898. — *Ante*, Cass., 31 décembre 1900 : S. 1901, 1, 401, note de M. E.-H. Perreau.

peut être inférieur au taux effectif des dommages : n'est-il pas même légal de réduire à néant la responsabilité conventionnelle ? » (11).

Négligeant provisoirement ce dernier argument loin d'être probant en lui-même, et qui n'a ici d'autre valeur que de refléter l'indifférence du législateur sur le maintien d'un bien dans l'activité économique, il nous faut, en premier lieu, noter que la réglementation du jeu, de la prodigalité, le développement de la notion de lésion révèlent certaines préoccupations du législateur, sur la conservation des biens dans un patrimoine. Mais de plus, entre le fait qu'un contractant souffre du contrat sans que le droit s'en préoccupe, et un acte aboutissant à une destruction de richesses préjudiciable aux individus comme à la société, l'écart est grand. La clause d'exonération n'a pas pour effet de transmettre injustement une valeur d'un patrimoine dans un autre — fait dont le droit pourrait se désintéresser (et encore cette assertion est inexacte) — mais de donner l'occasion de la faire disparaître de manière définitive, sans profit pour aucun. Et comme la facilité d'insertion de la clause rend sa multiplication inévitable, le danger, qui isolé aurait paru quelconque, devient de ce fait même inquiétant.

De même l'objection qu'il est licite à un propriétaire d'un bien de le détruire ou de consentir à sa destruction n'est pas incoercible (12). D'abord, parce que la clause d'exonération est très différente de cette convention, qu'elle n'autorise nullement le débiteur à détériorer l'objet qui lui est confié, mais aussi, parce qu'elle peut être valable alors que la destruction par un proprié-

(11) De Harven, *op. cit.*, n. 17, p. 234. — V. Boutaud, n. 126-127, p. 218 et s. — Esmein, *op. cit.*, Rev. Trim., 1926, 321. — Tr. Prat. in Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n. 400, p. 560.

(12) P. Esmein, *op. cit.*, Rev. Trim., 1926, 321.

taire serait interdite (13), qu'elle peut être nulle alors que la destruction serait licite (14).

La comparaison de l'assurance des fautes et de la clause d'exonération s'est donc, par un point, montrée révélatrice, mais elle prouve également que, sous l'angle technique, aucune indication ne peut en être retirée pour valider la clause d'exonération. Seuls les deux principes de l'autonomie de la volonté et de l'ordre public restent donc — à l'exclusion de tout argument de texte — pour étayer la discussion relative aux clauses d'exonération de responsabilité.

126. — Ces clauses ne sont d'ailleurs pas les seules qui doivent être rangées dans la classe des conventions ayant pour objet de déclinier une responsabilité civile, et pour de nouvelles conventions, les arguments de texte ne peuvent être éliminés sans discussion. Ainsi, l'étude de la clause limitative de dommages-intérêts doit être entreprise, non seulement en rapport avec les principes généraux, mais aussi avec l'article 1152 C. civ. qui traite de la clause pénale.

La clause de substitution de responsabilité est en rapport avec la théorie de l'assurance. La convention qui associe la clause d'exonération et l'assurance des fautes peut être aussi soumise à un régime différent.

La seconde partie de cette étude comprend donc l'examen de quatre conventions qu'il est possible de grouper deux par deux, selon les problèmes qu'elles soulèvent : d'une part, les clauses d'exonération et de limi-

(13) V. par exemple l'article 434 C. pénal, qui réprime en le considérant comme un crime, l'incendie d'un immeuble, même commis par le propriétaire. La clause de non-responsabilité pour incendie dû à une faute du preneur ne présente au contraire aucune illicéité.

(14) Le suicide n'est pas interdit dans la législation moderne, — les clauses de non-responsabilité sont au contraire considérées comme illicites, par une partie de la doctrine, quand elles sont relatives à la vie des personnes.

tation de responsabilité, d'autre part les clauses de substitution de responsabilité ou, d'association d'une assurance et d'une convention d'exonération. Par contre, les difficultés seront examinées parallèlement pour les responsabilités contractuelle et délictuelle : ainsi qu'on le verra, le problème se pose le plus souvent pour cette dernière sur le plan théorique et son examen peut être joint à la construction générale de la théorie des clauses d'exonération.

CHAPITRE PREMIER

DES CLAUSES D'EXONERATION ET DE LIMITATION DE RESPONSABILITE

127. Première précision : nécessité de la mise en jeu d'une responsabilité et de l'acceptation d'une clause d'exonération. — 128. Seconde précision : similitude de traitement en matière contractuelle, des clauses relatives à la responsabilité personnelle du débiteur ou à celle qu'il encourt du fait de ses aides. — 129. Indication de l'ordre rationnel des problèmes à étudier.

127. — Pour que puisse se concevoir le problème de la validité et des effets des clauses d'exonération, deux exigences doivent être antérieurement satisfaites. Il faut supposer qu'il existe un contrat valable, et que la responsabilité dont on s'exonère découle du contrat (s'il s'agit de responsabilité contractuelle) ou que les conditions légales de responsabilité soient réunies (s'il s'agit de responsabilité délictuelle). Il faut, en second lieu, que la clause d'exonération forme une convention valable, qu'elle ait été acceptée et que les parties soient capables d'en convenir. Dans l'examen d'une clause concrète, ces deux conditions doivent être préalablement examinées et bien souvent la réponse négative suffit à maintenir le principe de la responsabilité du débiteur.

Cette méthode, eût-elle été correctement appliquée, la jurisprudence sur les clauses d'exonération y aurait gagné une appréciable clarté, car très fréquemment, tout en rejetant l'application de la clause d'exonération

sous le prétexte qu'elle n'a pas fait l'objet d'une convention, les décisions judiciaires se livrent à des appréciations inutiles sur la validité et la portée des clauses, d'autant plus osées qu'elles ne seront jamais sujettes à critique ; elles constituent, dans ce cas, de simples motifs surabondants qui ne peuvent donner ouverture utile à un pourvoi en cassation.

128. — Par contre, après avoir discerné si la prétendue clause d'exonération ne cache pas l'absence de toute obligation contractuelle ou délictuelle, et si elle a été acceptée, peu importe qu'il s'agisse d'une responsabilité directement encourue par le débiteur, ou indirectement du fait de ceux qu'il fait coopérer à l'exécution de son obligation. Ce dernier point vaut d'être établi pour les matières contractuelles, car son importance est extrême pour déterminer le sens de certains arrêts de la Cour de cassation. Quand on parle de l'assimilation de la responsabilité personnelle du débiteur et de celle de ses préposés, il ne s'agit d'ailleurs que de responsabilité contractuelle, et il faut reconnaître que le problème se pose en termes plus complexes pour la responsabilité délictuelle du fait d'autrui, dont le domaine d'application est d'ailleurs beaucoup plus restreint.

Mais dans la mesure où il s'agit de responsabilité naissant du contrat, cette assimilation n'est pas discutable, et dans la doctrine (1), comme dans le dispositif

(128 - 1) Sur la responsabilité contractuelle du fait d'autrui : Cf. Aubry et Rau, § 308, note 33 et § 413, note 14. — Et. Bartin sur Aubry et Rau, t. VI, § 447, note 13 bis, 5^e éd., p. 379, note 15 *quinquies*, p. 384, et 15 *septies*. — E. Becqué, Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle : Rev. Trim., 1912, p. 251 et s. — Planiol, Responsabilité du fait d'autrui : Rev. Crit. 1909, p. 299 et s. — Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., t. VI, n. 381, p. 527. — Lalou, Resp. civ., n. 523-524.

Hugueney, note S. 1921, 2, 1. — Wahl, note S. 1895, 1, 241. —

(sinon dans les motifs des arrêts) (2) apparaissent les différences qui séparent la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle et délictuelle (3).

Par contre, son fondement a suscité peu d'études.

On la fait généralement reposer sur l'application des principes généraux relatifs à la libération du débiteur. En dehors de la faute du créancier, seule la force majeure produit un effet exonératoire. Or, comme celle-ci se caractérise par l'absence de faute et l'extériorité de l'événement par rapport au débiteur, toute inexécution

Dallant, note D. P. 1928, 1, 99. — Note 4 sous le paragraphe 278 C. civ., allem. in Traduction officielle par la Commission de législation étrangère, p. 399. — Demarne, De la responsabilité des commettants, Th. Paris, 1911. — Ferrara, Responsab. contrattuale per fatto altrui Archiv. Giuridico, 1903, p. 401 et s.

M. Et. Bartin a particulièrement tenu à souligner, t. VI, § 447, note 13 *bis*, combien est injustifié le reproche adressé à Aubry et Rau de confondre les deux responsabilités contractuelle et délictuelle du fait d'autrui.

La distinction des deux responsabilités a souvent l'occasion de s'appliquer pour les concierges (V. Et. Bartin, note précitée, et Seine, 5 février 1923 : Gaz. Pal. 1923, 2, 312 - Rev. Trim., 1923, 129).

(2) Comme il existe, en effet, dans l'un et l'autre cas apparemment une présomption de faute du débiteur, la jurisprudence distingue assez mal dans ses motifs l'une et l'autre responsabilité (V. G. Ripert, Dr. mar., t. II, n. 1742. — Et. Bartin, note 13 *bis*, § 447 *in fine*).

(3) Si une ressemblance existe en fait entre les deux responsabilités (V. *supra*, note 2), des différences les séparent nettement. On suivra selon les cas quant à la prescription, à la compétence (notamment pour l'article 420 C. com.), pour la réparation des dommages (prévisible ou imprévisible) pour le dommage moral, les règles relatives à l'une ou l'autre responsabilité. On notera surtout que l'article 1384, alinéa 5, exige la démonstration de la faute du préposé pour la mise en jeu de la responsabilité du commettant, — condition qui ne se retrouve pas en matière contractuelle (V. un tableau de comparaison très clair entre les deux responsabilités : in Lalou, Resp. civ., *loc. cit.*).

de l'obligation qui manque de ce caractère ne constitue pas un cas de libération. Sans l'appel des auxiliaires, l'inexécution ne se serait pas produite ; ce fait initial, personnel au débiteur est la cause occasionnelle de l'inexécution ; celle-ci est imputable au débiteur et ne peut constituer à son égard un événement d'origine extérieure : il lui manque un des éléments du cas fortuit (4).

Cette doctrine a perdu peut-être un peu de sa fermeté originaire, en ce sens que le caractère d'extériorité à l'entreprise, caractéristique, selon Thaller, de la force majeure (5), n'est plus retenue de façon aussi nette (6). De plus, et si l'intervention de l'aide apparaît *ab initio* comme un fait non constitutif de force majeure, et partant non libératoire, il semble difficile d'expliquer comment l'impossibilité qu'il rencontre d'exécuter l'obligation peut libérer le débiteur qui l'emploie. Et pourtant, celui-ci est exonéré si les conditions du cas fortuit ou de la force majeure sont réunies dans la personne de l'aide.

Il paraît donc préférable de se placer sur un terrain un peu différent (7). Si l'intervention de l'aide ne présente pas le caractère de force majeure, c'est que dès l'origine, les contractants ont convenu de lui retirer la qualité de tiers pour en faire un participant à l'exécution du contrat. Ce n'est pas seulement par suite du fait du débiteur que le préposé cesse, en ce cas, d'être un tiers, mais aussi du fait du créancier. Dès lors, et parce que le créancier a autorisé expressément ou implicitement l'utilisation de l'aide, c'est moins avec son débiteur individuellement considéré qu'est passée la con-

(4) E. Becqué, *op. cit.*, p. 286.

(5) G. Ripert, *Dr. mar.*, t. II, n. 1725, 3^e éd., p. 663.

(6) Cf. Planiol, Ripert, Esmein, *Tr. prat.*, t. VI, n. 382, p. 531.

(7) V. Planiol, Ripert, Esmein, *Tr. prat.*, t. VI, n. 381, p. 528.

vention, ce n'est pas son activité propre qui est envisagée, mais celle de son entreprise et son rôle économique (8). C'est en ce sens que l'on doit comprendre l'assimilation en matière contractuelle du fait du préposé et du débiteur lui-même. Quand le premier exécute mal, c'est l'entreprise et le débiteur lui-même qui sont responsables de l'inexécution. Quand il rencontre un obstacle constitutif de force majeure, c'est en lui que doivent en être appréciées les conditions. Quand une clause d'exonération est insérée dans un contrat, c'est l'activité économique du débiteur qui se trouve de ce fait protégée. Ainsi que l'écrit Vivante pour l'entreprise de chemins de fer : « l'entreprise se trouve dans son exploitation industrielle, en face du sinistré, comme un organisme indivisible, depuis son directeur jusqu'au dernier des facteurs participant au transport, de sorte que la faute de chacun de ceux-ci est la faute du chemin de fer. Les chemins de fer ne peuvent se défendre en prouvant la diligence apportée dans le choix des employés, l'implacable surveillance exercée sur ceux-ci, parce qu'il n'y a pas force majeure quand il y a faute, et que la faute de l'employé, c'est la faute des chemins de fer. Ils n'en répondent pas comme garants, mais à titre principal, comme de leur fait propre » (9).

C'est pourquoi, en matière contractuelle, il semble inconcevable de soumettre l'activité de l'aide et celle du

(8) M. Demogue parle en cette occasion d'organisme.

Peut-être même serait-il préférable de nier cette responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. Pour l'article 1384, alinéa 5, l'expression est juste parce que le commettant est tenu de l'acte indépendant de son préposé. En matière contractuelle seule importe l'inexécution de l'obligation personnelle du débiteur : même au cas d'impossibilité d'exécution due à un aide, la responsabilité incombe personnellement au débiteur.

(9) Vivante, *Dr. com.*, t. III, n. 2172, trad. J. Escurra, p. 836.

débiteur à un régime différent (10). Aucune notion étrangère ne doit obscurcir la simplicité de cette solution : ni le mauvais choix, ni la faute dans la surveillance ; ces considérations ne peuvent être retenues qu'en matière délictuelle où le fait est reproché principalement au préposé et où le commettant tente de s'affranchir d'une responsabilité indirecte. Elles n'ont aucune valeur en matière contractuelle, où l'action en responsabilité est directement dirigée contre le débiteur en raison de l'inexécution de l'obligation et de l'application de l'article 1147. La responsabilité est en un certain sens plus rigoureuse en matière contractuelle que délictuelle. Le commettant qui en droit suisse peut s'affranchir de l'une en prouvant son absence de faute, ne peut le faire en matière contractuelle (11).

Ainsi, qu'il s'agisse du fait personnel ou du fait d'autrui, les solutions doivent être semblables pour la responsabilité contractuelle (12) : dans la mesure où la

(10) V. *infra*, n. 169.

(11) V. Funck, Commentaire, sous l'article 101, p. 85.

(12) Il résulte en premier lieu de cette assimilation, que la détermination du contenu de l'obligation et de la diligence promise joue, tant à l'égard du débiteur que de ses aides.

D'autre part, et en matière contractuelle tout au moins, il est sans intérêt de rechercher, au cas de faute commise par une personne morale, si l'auteur est un agent ou un organe (V. G. Ripert, Dr. mar., t. II, n. 1749, 3^e éd., p. 697, et Cass., 4 février 1874 : S. 1877, 1, 273 « pour des fautes commises par elle ou par ses agents ». — V. pour le dol, Arbelet, Th. précitée, p. 57, et Cass., 16 mars 1859 : D. P. 1859, 1, 316 - S. 59, 1, 463).

V. pour l'Angleterre « *qui facit per alium facit per se* » (Becqué, *op. cit.*, p. 271) ; pour l'Allemagne, le paragraphe 278 C. civ. « Le débiteur doit répondre de la faute... de la personne dont il se sert dans l'exécution de son obligation, dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle » ; pour la Suisse, l'article 101 C. oblig. : « Celui qui, même de façon licite, confie à ses auxiliaires... le soin d'exécuter une obligation est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'exécution de l'obligation ». Il n'en

clause d'exonération est valable, elle doit protéger l'acte du débiteur ou de son préposé, mais on ne conçoit pas, par contre, qu'elle permette de s'exonérer du fait d'autrui dans le cas où le débiteur ne pourrait se dégager lui-même de sa responsabilité. Les codes étrangers qui admettent une solution différente partent d'une conception de l'obligation distincte de la nôtre (13).

On comprend donc, au regard des principes du droit positif français, la formule d'arrêts constants de la Cour de cassation dont on trouve des traces dans des décisions anciennes (14), mais qui est particulièrement affirmée dans l'arrêt de la Chambre civile du 31 décembre 1900 ; — et aux termes de laquelle « il n'est pas plus permis de s'exonérer d'avance des fautes de ses préposés que de ses propres fautes » (15). Elle traduit la similitude de traitement des deux séries de clauses, découlant du fait que la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle est entièrement modelée sur la

est que plus étrange de voir ces deux codes autorisé plus largement, l'exonération de responsabilité pour le fait d'autrui que pour le fait personnel en matière contractuelle (V. dans Kaftal, La responsabilité des accidents : Rev. trim., 1929, 1013, la disposition de la loi tchécoslovaque (8 juillet 1928, §§ 31 et s.) qui refuse de considérer comme tiers, aucun membre de l'équipage ou employé du transporteur).

(13) § 278 C. civ. allem.; art. 101 C. Féd., Oblig., al. 2 et E. Bequé, *op. cit.*, p. 276 et 312. La solution du droit allemand s'expliquerait par l'idée que le débiteur peut se décharger de la responsabilité naissant des faits des auxiliaires, parce que ceux-ci en restent tenus vis-à-vis de la personne lésée. Il semble pourtant étrange qu'un aide puisse être personnellement responsable à l'égard du créancier, de l'inexécution de l'obligation contractuelle. Seul le débiteur est tenu et lui seul peut agir en recours.

(14) Civ., 14 mars 1877 : S. 1879, 1, 423. — *Id.* 2 avril 1878 : S. 1878, 1, 292.

(15) Civ., 3 décembre 1900, Soreau et Chenu : S. 1901, 1, 401, note de M. E. H. Perreau. — *Id.* 27 novembre 1911 : S. 1915, 1, 113, note de M. Hugueney.

responsabilité du débiteur. Cette dernière idée semble inspirer M. Hugueney quand il admet que la responsabilité contractuelle du fait d'autrui pourrait puiser son origine dans la conception de la représentation (16). C'est elle qui se retrouve dans certaines décisions de la jurisprudence italienne, déclarant que le préposé est normalement lié par des liens juridiques si étroits à son patron, « qu'il en arrive à être absorbé par la personnalité de ce dernier, à tel point qu'à l'égard des tiers, les actes accomplis par lui dans la limite de ses attributions sont censés être les actes personnels du patron » (17). Il en résulte encore que, dans le domaine contractuel tout au moins, il est sans intérêt de rechercher, au cas de faute commise par une personne morale, si l'auteur en est un agent ou un organe.

Les clauses d'exonération visant la responsabilité contractuelle doivent donc être étudiées d'une manière tout à fait générale, sans s'attacher à la qualité que présente l'individu cause de l'inexécution.

129. — Cette précision étant apportée, il convient désormais de rechercher, en premier lieu, quelles sont les solutions de la jurisprudence relativement aux clauses d'exonération. Comme plusieurs systèmes se trouvent consacrés, il importera alors de déterminer

V. l'interprétation différente donnée à ces arrêts par M. Demogue : *Oblig*, V, 1196. La jurisprudence, craignant l'abus de pouvoir de puissantes compagnies, se montrerait plus sévère pour elles et interdirait toute exonération de responsabilité.

Il est pourtant certain que la jurisprudence soumet au même régime les clauses d'exonération du fait personnel et du fait d'autrui en matière contractuelle (V. *infra*, n. 169).

(16) Hugueney, note S. 1915, I, 113.

(17) Cass. Turin, 13 décembre 1895 : *Rev. int. dr. mar.*, XX, 461. — *Id.* 29 juillet 1904 : *Rev. int. dr. mar.*, XXI, 655. — Cass. Rome, 28 février 1923 : *Dor*, 7, 368. — V. également la note : *Dor*, 1930, 131.

quel est celui qui reflète exactement la doctrine de la Cour de cassation. Après avoir décrit le système des clauses limitatives de responsabilité, une dernière difficulté devra être alors résolue : l'appréciation de la valeur des solutions données, et la détermination de celle que doit recevoir le problème des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité. Toute cette étude est d'ailleurs placée sous le signe, pourrait-on dire, de la jurisprudence de la Cour de cassation : ce n'est pas un des traits les moins curieux que la différence avec laquelle la Cour suprême traite les deux séries de conventions d'irresponsabilité : alors que sur les clauses de détermination de l'étendue des obligations, elle reconnaissait toute liberté aux juges du fond, elle a toujours revendiqué pour les clauses d'exonération l'exercice de son pouvoir de contrôle : elle l'a d'ailleurs utilisé avec si peu de netteté que la théorie de ces dernières conventions n'en a pas acquis une plus grande fermeté.

SECTION I

LES CLAUSES D'EXONERATION DE RESPONSABILITE ET LA JURISPRUDENCE

130. Distinction de quatre systèmes entre lesquels se partage ou s'est partagée la jurisprudence française. — 131. Nullité absolue. — 132. Renversement de la charge de la preuve. — 133. Validité dans la mesure de la faute légère. — 134. Validité complète.

130. — Les clauses relatives à l'exonération de responsabilité sont seules à avoir en jurisprudence soulevé d'extrêmes difficultés. Sans doute est-on peu fixé sur la nature véritable de la clause limitative, mais ses effets

sont nettement déterminés : ils peuvent être provisoirement décrits en quelques mots. D'après la jurisprudence française, la clause limitative est valable, et doit recevoir application bien qu'elle ne répare pas complètement le dommage ; elle ne cesse de produire effet que si son montant est dérisoire. La clause limitative a trouvé, dans l'article 1152 C. civ. relatif à la clause pénale, un appui dont n'a pas bénéficié la clause d'exonération de responsabilité qui doit seule retenir désormais l'attention.

Il est possible de discerner dans la jurisprudence française quatre courants — de la nullité radicale à une validité complète — qu'a déterminés l'apparition de la clause et dans lesquels on voit se refléter les diverses théories qui lui sont relatives.

131. — Le premier système refusait tout effet à la clause d'exonération de responsabilité : il a été consacré de façon constante par la Cour de cassation depuis le début du XIX^e siècle jusqu'aux arrêts de principe de 1874. La Cour estimait que « l'exonération ouvrait la porte à de graves abus, encourageait la négligence des employés, rendait inutile la protection dont la loi avait voulu entourer les expéditeurs et procurait aux compagnies un avantage illicite, les prix étant fixés eu égard à l'obligation de répondre des avaries » (1). Ces termes s'expliquent par le fait que les premières clauses apparurent dans les tarifs spéciaux des compagnies de chemins de fer.

Plus loin était affirmée l'impossibilité de recourir à l'article 98 C. com. relatif au seul commissionnaire, et

(131-1) Civ., 4 février 1874, Tournadre : D. 1874, 1, 305 - S. 1877, 1, 273. — Civ., 14 juin 1874, Venin-Bouchinot : S. 1875, 1, 32, qui d'ailleurs, s'ils rappellent ces griefs, admettent déjà la solution du renversement de la preuve.

l'on soulignait que l'article 1784 C. civ. n'autorisait pas les entrepreneurs de transport à stipuler leur exonération. Cette convention devait être, à plus forte raison, interdite aux compagnies de chemins de fer, étant donné leur monopole dans les voies qui leur sont concédées (2).

Quand on examine les raisons invoquées par cette série d'arrêts, on se trouve amené à distinguer entre elles : les unes n'avaient aucune portée générale, les autres ont la valeur de règles applicables à toutes les clauses.

Parmi les premières, il faut ranger toutes celles qui tiennent à la circonstance que la clause était insérée dans un contrat de transport. Tels étaient les arguments que l'on pouvait tirer du silence des articles 1784 et s. C. civ., ou de l'illicéité de la clause envisagée comme contraire à l'essence du contrat de louage de services (3). La considération du monopole, qui semble avoir une signification plus large doit être légalement rangée dans cette catégorie, car on reprochait aux compagnies, de vouloir artificiellement accroître leurs bénéfices en insérant les clauses d'exonération dans des tarifs établis eu égard à leur responsabilité éventuelle ; plus que d'imposer un contrat qui ne serait pas librement discuté. Mais l'idée d'encouragement à la fraude, aux abus, à la négligence, qui domine la jurisprudence d'alors, que l'on retrouve seule dans les arrêts quand un motif unique d'annulation est donné, est encore très actuelle ; et si l'on y joint l'idée de monopole, avouée

(2) Civ., 26 janvier 1859, Savaglio : S. 1859, 1, 316 - D. P. 1859, 1, 66 - P. 1859, 812. — Req., 26 mars 1860, Barbezat : S. 1860, 1, 899 - D. 1860, 1, 269. — Req., 24 avril 1865, Descournut : P. 65, 521 - S. 65, 1, 215 - D. 1865, 1, 215. — Civ., 29 mai 1866 : D. 1867, 1, 388.

(3) Alger, 16 décembre 1846 : S. 1847, 2, 88. — Rapprocher le jugement de Pau rapporté avec Cass., 21 janvier 1807 : S. 1807, 1, 138. — Ap. Nancy, 5 janvier 1860 : S. 1860, 1, 899, sous note.

dans une certaine mesure, on retrouve presque complète toute l'argumentation des auteurs défavorable à la clause.

132. — La Cour de cassation devait pourtant au début du dernier quart du xix^e siècle consacrer une théorie radicalement différente (1). La stipulation des tarifs spéciaux des chemins de fer, dans cette nouvelle jurisprudence « n'a pas pour effet d'affranchir la compagnie de toute responsabilité pour les fautes commises par elle ou par ses agents, mais elle a pour résultat, contrairement aux règles ordinaires, d'en mettre la preuve à la charge de l'expéditeur ».

Telle est la formule que, depuis 1874, la Cour de cassation n'a cessé de répéter pour les contrats les plus

(132-1) Civ., 4 février 1874, Tournadre, précité.

On pourrait se demander, aux termes de l'arrêt qui semble donner la solution nouvelle parce que la clause d'exonération se trouve dans un tarif homologué, si la nullité précédemment reconnue ne tenait pas à ce que la clause était autrefois insérée dans des conventions particulières et sans l'autorisation de l'administration supérieure. Mais cette hypothèse se montre inexacte quand on vérifie les arrêts antérieurs. V. notamment pour la nullité d'une clause d'exonération stipulée dans les tarifs spéciaux : C. civ., 29 mai 1867, précité.

L'arrêt de 1874 avait d'ailleurs été précédé par certaines décisions de juridictions inférieures : Caen, 20 avril 1864 : D. 1864, 1, 83. — Ap. Rennes, 28 mai 1873 : D. 1874, 5, 75, n° 13 - S. 1874, 2, 78. — Bordeaux, 5 mars 1860 : S. 60, 2, 388 - P. 61, 716 - D. 1860, 2, 176. — V. d'ailleurs Req., 29 mai 1866, précité, qui marque déjà une évolution.

De plus, il est curieux de noter que les toutes premières décisions rendues sur les clauses d'exonération sont favorables à cette solution (V. Cass., 21 janvier 1807 : S. 1807, 1, 138). Si la Cour suprême n'eut pas à prendre parti nettement, se bornant à constater que les conditions d'exonération des articles 1137, 1917 C. civ. n'étaient pas réunies, le jugement de Pau relève « *qu'il aurait suffi de la preuve d'une incurie quelconque* » pour faire cesser toute réserve conventionnelle.

divers : transports terrestres (2), fluviaux (3), aériens (4), contrat de dépôt (5), de mandat ou de louage de services (6), contrat de transport maritime en ce qui concerne les clauses d'exonération des fautes de l'armateur, ou celles insérées par le capitaine pour se prémunir de sa responsabilité personnelle (7).

Par l'importance du nombre des décisions contenant ce principe, la constance avec laquelle il a été affirmé, la solution de ce groupe d'arrêts s'imposera à l'attention et à la curiosité de l'analyste. Car il est étrange qu'aucune justification n'en n'ait été donnée, que l'arrêt soit de rejet ou même de cassation. Si les arrêts,

(2) La jurisprudence a été des plus abondantes, plus de cent arrêts ayant été rendus par la Cour de cassation (V. entre bien d'autres : Civ., 30 juin 1896 : D. 1897, 1, 355 - S. 1897, 1, 43. — Civ., 19 février 1900 : S. 1900, 1, 238. — Civ., 22 janvier 1902 : S. 1902, 1, 195 - D. 1903, 1, 33. — Civ., 6 janvier 1904 : D. 1906, 1, 287 - S. 1905, 1, 101).

(3) Civ., 8 juin 1882, Duménil : D. P. 1883, 1, 340. — Req., 28 février 1900, Compagnie de navigation maritime de Cochinchine c. O'Connell : D. P. 1900, 1, 286 - S. 1900, 1, 209 et la note de M. Lyon-Caen : Rev. int. dr. mar., XV, 732. — *Id.* Req., 10 décembre 1907, Marty et d'Abbadie : D. P. 1913, 1, 45.

(4) Cass., 12 mai 1930 : G. Pal. 1930, 2, 118. — *Id.*, 21 juillet 1930 : G. Pal. 1930, 2, 373. — Civ., 11 février 1931 : G. Pal., 20 mars 1931.

(5) Civ., 9 novembre 1915, Bauzin : D. P. 1921, 1, 23 - S. 1921, 2, 1, ss. note Gaz. Pal. 1914, 2, et 1915, 453 - P. fr. 1917, 1, 111 - Rev. trim. 1916, 508 et les observations de M. R. Demogue. — Req., 24 juin 1929, Port autonome du Havre : S. 1930, 1, 6, pour les dommages causés à la chose déposée. — V. Com. Dunkerque, 26 mars 1928 : G. Pal. 1928, 2, 79 - Rev. trim. 1928, 673, pour les dommages causés par la chose au dépositaire.

(6) Cass., 31 décembre 1900 : S. 1901, 1, 401 et la note de M. E.-H. Perreau, pour le contrat d'exposition - P. fr. 1901, 1, 169. — Paris, 8 avril 1927 : D. H. 1927, 374, en matière bancaire.

(7) Req., 22 avril 1874 : D. 1875, 5, 58. — V. Civ., 6 mars 1912 : Rev. int. dr. mar. XXVII, 799. — Cass., 19 novembre 1929 : Dor sup. 8, 1. — Cass., 9 novembre 1888 : S. 1892, 1, 398.

malgré leur fréquence et leur continuité ne laissaient la Cour de cassation libre de modifier sa jurisprudence il serait juste d'écrire avec M. Bonnecase qu'on assiste en ce domaine à une renaissance des arrêts de règlements (8).

On notera enfin, qu'envisagée dans son développement historique, cette phase de la jurisprudence de la Cour de cassation représente une évolution libérale de cette juridiction. Si l'on a tendance aujourd'hui à trouver trop rigoureux les arrêts de la Cour de cassation quand ils n'accordent à la clause d'exonération d'autre effet que le renversement de la charge de la preuve, on ne doit cependant pas oublier que l'ancienne jurisprudence était plus sévère encore. Le revirement de jurisprudence s'inspire de l'idée de favoriser les débiteurs et les motifs de certaines décisions prouvent que c'est à la demande de ces derniers, que s'introduisit la solution nouvelle (9).

133. — Un troisième groupe de décisions est beaucoup plus libéral. Il semble faire produire effet à la clause d'exonération de responsabilité si l'acte reproché au débiteur n'est pas dolosif ou s'il ne constitue pas une faute lourde. Dans cette jurisprudence, une distinction doit être faite. Tantôt l'effet exonératoire est franc, avoué; ce qui est le cas pour un certain nombre d'arrêts d'appel : pour le contrat d'exposition (1), de

(8) J. Bonnecase, Particularisme du droit commercial maritime, n^{os} 64 et ss.

(9) V. Ap. Rennes, 28 mai 1873 ; Bordeaux, 5 mars 1860, précitées. L'interprétation de M. Demogue, V, n^o 1196, qui y voit au contraire la volonté des tribunaux de protéger le débiteur au cas de monopole, ne semble pas correspondre à la réalité historique.

(133-1) Ap. Montpellier, Boeh, 21 février 1898 (*ante* Cass., 31 décembre 1900) : S. 1901, 1, 401 - Mon. jud. Midi, 20 mars 1898.

dépôt (2), d'entreprise (3), de renseignements fournis par des agences ou des particuliers (4), les clauses insérées lors de la délivrance de cartes d'abonnement de chemins de fer (5), de carnets de chèques (6). Tantôt il se dégage seulement, en fait, de la rédaction même de l'arrêt. Certaines décisions, en effet, sans poser formellement le principe de l'exonération des fautes légères, mais aussi sans le condamner, relèvent avec un soin particulier le caractère de faute lourde de l'acte commis par le débiteur. Ne peut-on pas en déduire, à bon droit, que les cours d'appel ne prendraient pas d'aussi grandes précautions et que la Cour de cassation ne procéderait pas d'une façon aussi minutieuse à l'analyse de l'arrêt s'il n'était décisif pour la détermination des effets de la clause, de savoir si la faute est ou non légère (7) ? Or, certains arrêts rendus pour les clauses d'exonération stipulées dans des contrats de transport terrestre (8), d'agences de renseignements (9), de trans-

(2) Bordeaux, 27 février 1922 : G. Pal. 1922, 1, 703.

(3) Paris, 3 mai 1927 : Sem. Jur. 1927, 378.

(4) V. pour des agences de renseignements Lyon, 23 décembre 1913 : G. Trib. 1914, 1, 2, 225 - Rev. trim. 1915, 176. — *Id.*, 16 février 1904 : La Loi, 30 mars 1904. — Lyon, 6 août 1907 : G. Pal. 1907, 2, 544 - G. Trib., 16 novembre 1907. — Toulouse, 4 janvier 1900 : D. 1901, 2, 278. — Lyon, 9 mai et 5 juin 1912 : G. Trib. 1912, 2, 2, 70 - S. 1913, 2, 143. — Lyon, 3 novembre 1886 : S. 1887, 2, 229 - P. 87, 1225. — Com. Seine, 20 juin 1866 : J. Trib. com. 1866, p. 379. — V. pour le bureau Véritas Nantes, 28 décembre 1912 : Rev. int. dr. mar., XXIX, 741.

(5) V. les arrêts cités *supra*, n° 58, note 8. *Adde* dans une hypothèse différente : J. de Paix Saint-Vivien, 15 mai 1907, Bernard : S. 1908, 2, 148 (motifs) et note M. Bourcart.

(6) Req., 26 octobre 1898, Comptoir national d'escompte : S. 1899, 1, 276. — Paris, 4 juin 1897 : D. 1897, 2, 263. — V. les arrêts cités *supra*, n° 79, notes 6 et s. Cpr. Req., 5 juin 1920 : D. 1920, 1, 181.

(7) V. la note de M. Hugueney : S. 1915, 1, 113, § 3.

(8) Cass., 5 juin 1876, Valéry père : D. 1879, 1, 278.

(9) Cass., 27 novembre 1911, Schimmelpfeng : S. 1915, 1, 113 -

ports maritimes (10), discutent formellement le caractère grave de la faute commise par le débiteur et ne rejettent des pourvois qu'après avoir constaté l'existence d'une faute lourde. Plus récemment, l'arrêt *Le Gualès de Mézaubran* (1) a généralement été interprété comme caractéristique de cet état d'esprit (12). Cet arrêt ne décide-t-il pas, en effet, que « les faits de dol ou comme en l'espèce les fautes lourdes assimilables au dol ne sauraient être valablement comprises dans les clauses déclinant la responsabilité ». Cette opinion semble exacte si on la rapproche des décisions des juridictions inférieures également rendues comme l'arrêt pré-

Gaz. Pal. 1911, 2, 695 - G. Trib., 16 mars 1912 - J. Trib. com. 1912, 529 - Rev. trim. 1912, 179.

(10) V. Bordeaux, 6 juillet 1920, cité par M. G. Ripert : Dr. mar., II, n° 1737, 3^e éd., p. 683, note 1.

(11) Req., 15 mai 1923, *Le Gualès de Mézaubran* : S. 1924, 1, 81, note de M. Rousseau : Dor. 3, 384 - Dr. mar. français, 7 juin 1923.

(12) V. la note précitée de la Revue Dor. Il est juste d'ailleurs de noter que selon l'analyse que l'on fait de la condition du bureau Véritas la solution de la Cour de cassation apparaît comme marquant une tendance libérale ou restrictive. Si l'on fait prédominer en lui le caractère d'agence de renseignements, on admettra, que l'exonération dans la mesure de la faute légère constitue une solution plus favorable au débiteur que celle du droit commun. Si l'on s'attache au contraire au fait qu'elle touche aux opérations du droit maritime pour lesquelles l'exonération de responsabilité est très largement accordée, on estimera que l'effet accordé à la clause est assez réduit. La première interprétation semble la plus exacte, ce n'est que dans le domaine de la négligence-clause que l'effet exonératoire complet est accordé au débiteur : en dehors, la solution du renversement de la preuve continue de jouer. D'autre part, il semble bien forcé, de ramener l'activité du bureau Véritas à celle d'une entreprise maritime : elle est essentiellement une agence de renseignements spécialisée (V. sur cet arrêt les développements très intéressants de M. J. Bonnet dans son *Droit maritime*, son *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie* et son *Particularisme du droit commercial maritime*).

cèdent à l'occasion de la responsabilité du bureau Veritas, et qui exonèrent celui-ci de la faute légère commise par ses employés. Plus généralement enfin cette série d'arrêts pourrait se réclamer de la formule de l'arrêt de 1876 auquel il a déjà été fait allusion et qui interdit seulement aux parties, « au moyen d'un contrat d'assurance ou de tout autre pacte, de stipuler d'avance l'immunité de leurs fautes lourdes » (13).

Tous ces arrêts manquant sans doute de coordination, de fermeté, représentent pourtant une part appréciable de la jurisprudence française; il importera d'en déterminer avec soin la portée.

134. — Nullité..., renversement de la preuve..., validité dans la mesure de la faute légère... La jurisprudence devait encore admettre une quatrième solution : la validité absolue de la clause d'exonération. Elle ne le fit d'ailleurs que sur un point très particulier et sous l'influence de l'article 353 C. com. (1), pour l'exonération stipulée par l'armateur des faits et fautes du capitaine

(13) Civ., 16 mars 1876 : S. 1876, 1, 337, note Labbé : D. 1876, 1, 449.

134-1) *Supra*, n° 123.

La nécessité de sauvegarder les intérêts de l'armement français dans la concurrence internationale a souvent été alléguée (Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., VI, n° 401, p. 563). Cette considération eût-elle été déterminante, eût conduit à refuser les effets de la validité absolue dans le commerce maritime purement français (dans le cabotage). On eût été ainsi amené à une distinction analogue à celle de la validité des clauses de « paiement or », traitées différemment selon qu'il s'agit ou non d'un paiement international. Cette solution n'a pas été admise (V. Com. Havre, 4 janvier 1928 : Dor Sup. 1928, VI, 175).

L'effet de la concurrence internationale a tout au moins été d'entraver une législation interne prohibitive des clauses, et d'obliger les différents Etats à recourir à l'unification internationale du droit

et de l'équipage que l'on désigne du terme de « négligence clause ». Cette convention a pour effet d'exonérer l'armateur de toutes les fautes des préposés qu'elle désigne, quelle que soit la gravité de cette faute, et fût-elle même intentionnelle (2). En vain a-t-on voulu distinguer entre les différentes phases du transport, selon le caractère commercial ou nautique de l'activité à l'occasion de laquelle survient le dommage (3), ou du moment où il se produit. La Cour de cassation l'applique indistinctement à tout le contrat de transport, à condition que l'avarie puisse être rattachée à la faute du capitaine ou de l'équipage (4) et que l'armateur n'y ait pas concouru ou ne l'ait pas ratifiée (5).

(2) V. pour le vol Civ., 25 octobre 1899 : D. 1899, 1, 567 - S. 99, 1, 496. — Com. Rouen, 30 juillet 1930 : Dor Sup. 30, 465.

(3) Cass., 31 juillet 1888, Busch : D. 1889, 1, 305 - S. 1888, 1, 465, note de M. Lyon-Caen - Rev. int. dr. mar. 4, 129. — Cass., 20 juillet 1891, Compagnie Fraissinet : D. 1892, 1, 94 - S. 1895, 1, 404.

(4) V. G. Ripert, Dr. mar., II, n° 1381-2, 1763 *bis*, 1784 *bis*, et Cass., 15 juin 1926 : Dor. Sup. 4, 651. — *Id.*, 13 novembre 1928 : Dor. Sup. 7, 49, et plus récemment encore Civ., 25 février 1931, Compagnie des Messageries maritimes c. Chaloub : Gaz. Pal., 23 avril 1931. « Si, en dehors du transport par mer, il y a des opérations qui en sont le préalable, il n'y a qu'un seul contrat constaté par le connaissance. » Si la perte des objets avariés à terre, par suite de la faute d'un agent maritime, est couverte par le connaissance, il n'en serait pourtant pas de même au cas de faute d'un agent terrestre.

(5) G. Ripert, Dr. mar., II, 1752 et s., p. 699 et s., et en dernier lieu Req., 10 mai 1930 : S. 1930, 1, 246. — Rouen, 26 février 1930 : Dor. Sup. 8, 245.

Rapprocher, pour l'absence de faute de l'armateur dans l'exercice du droit d'abandon, Civ., 25 mars 1929 : D. H. 1929, 233.

SECTION II

DETERMINATION DU SYSTEME DE DROIT
COMMUN CONSACRE PAR LA COUR
DE CASSATION

135. Elimination du système de la nullité absolue. — 136. Elimination du système de la validité complète. — 137. Discussion des arrêts relatifs à la faute légère. — 138. Reconnaissance du système du renversement de la preuve comme de droit commun, dans les arrêts de la Cour de cassation.

135. — Des quatre séries d'arrêts qui viennent d'être décrites, à laquelle peut-on reconnaître le caractère de solution normale, et quelles sont celles que l'on doit considérer comme solutions d'exception ? Quelle est la véritable pensée de la Cour de cassation sur les effets de ces clauses ?

Deux systèmes doivent être certainement écartés : celui de la nullité ou de la validité absolues.

Depuis l'arrêt de 1874, la Cour de cassation n'a jamais varié sur le principe d'une certaine efficacité des clauses d'exonération. Elle a toujours censuré les décisions qui refusaient de leur faire produire effet pour un motif autre qu'un défaut de connaissance véritable de la clause, un vice qui l'entacherait en tant que convention (1), ou sa nullité au regard d'un texte impératif. Or il existe en législation un mouvement fort net vers la prohibition des clauses d'exonération : un certain nombre de clauses tombent ainsi sous le coup de l'annulation.

(135 - 1) V. par exemple les trois arrêts des 12 mai 1930, 21 juillet 1930, 11 février 1931, précités *supra*, n° 26, note 5, et n° 132, note 4.

La loi du 19 mars 1905 annulant « toute clause contraire (au principe posé par l'article 103 C. com. sur la responsabilité du voiturier), insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou pièce quelconque », entraîne la nullité de toutes les clauses d'exonération au sens strict, et de celles qui, en fait, aboutissent au même résultat : telles les clauses de renversement de la charge de la preuve (2). Par contre, elle est sans effet sur toutes les clauses qui tendent à déterminer certaines conditions d'existence de la responsabilité du voiturier : bulletin de garantie (3), clause sans comptage (4), clause mettant le chargement ou le déchargement à la charge de l'expéditeur (5). De même plusieurs modes de transport ne sont pas régis par la loi Rabier aux termes des travaux préparatoires, d'une doctrine et d'une jurisprudence formelles : ni les transports internationaux depuis la Convention de Berne (6), ni les transports aériens soumis à la loi du 31 mai 1924 (7), ni les transports maritimes (8), pour lesquels la validité de la clause d'exonération sera d'ailleurs restreinte, quel que

(2) Trib. paix Saint-Vivien, 15 mai 1907, Bernard : S. 1908, 2, 145, note de M. Bourcart, et Civ., 9 janvier 1912 (4^e espèce), Barbier. — Req., 23 janvier 1912 (5^e espèce). — Civ., 27 août 1913 (6^e espèce), Joffre. — Civ., 23 avril 1913 (7^e espèce), Jacques : S. 1915, 1, 126, 127.

(3) V. *supra*, n° 81 et note 2.

(4) Paris, 23 avril 1910, Jeanmarie : D. P. 1913, 2, 39. — Douai, 30 novembre 1910, Nancel Lemaire : D. P. 1913, 2, 39. — Besançon, 27 janvier 1911, Josselin : S. 1911, 2, 276.

(5) V. *supra*, n° 94.

(6) V. L. Jossierand, Les transports, 2^e éd., n° 639. La loi Rabier n'a pas été promulguée dans toutes les colonies (V. Jacob, La responsabilité sur les réseaux de l'Afrique occidentale : Bull. Tr. 1930, 86).

(7) V. *supra*, n° 135, note 1 et, pour la loi de 1924, *infra*, n° 136.

(8) Civ., 6 novembre 1922 : S. 1923, 1, 103. — Civ., 10 janvier 1928 : G. Pal. 1928, 1, 530 - S. 1928, 1, 144 - Dor. 6, 103 - Bull. Tr. 1928, 36.

soit le système législatif adopté : de la Convention de Bruxelles, du projet Roux Freyssinencq ou de celui qu'élabore la Branche française de l'Association internationale de droit maritime.

Il faut encore exclure de l'application de la loi de 1905 toutes les clauses simplement limitatives de responsabilité (9), celles qui n'exonèrent pas de la perte et de l'avarie, mais seulement du retard (10), et pour une partie de la doctrine, celles qui ne s'appliquent pas au transport des marchandises, mais à celui des voyageurs. De plus, l'article 98 C. com., permettant l'exonération du commissionnaire pour les actes du transporteur auquel il remet l'objet qui lui a été confié, reste en dehors de la réglementation légale (11).

(9) Civ., 12 juillet 1923, Jourdan : S. 1925, 1, 84.

(10) Civ., 8 décembre 1908, Godeau : S. 1909, 1, 265. — *Id.*, 8 février 1909, Godeau : S. 1910, 1, 43. — Civ., 18 février 1914 : D. P. 1916, 1, 142. — Civ., 16 décembre 1914, Bezombes : D. P. 1916, 1, 142.

(11) Civ., 17 mars 1913, Marescaux : D. P. 1914, 1, 60. — Tourcoing, 24 avril 1928 : G. Pal. 1928, 2, 420 - D. P. 1929, 2, 29 - Rev. trim. 1928, 937.

L'application de l'article 98 C. com. a donné lieu à de sérieuses difficultés pour la distinction du commissionnaire et du voiturier. Le commissionnaire est l'individu qui se borne à remettre l'objet au voiturier, lui faisant connaître le nom de l'expéditeur, se soumettent à ses conditions, à ses tarifs (V. la note de M. Roger : D. P. 1929, 2, 29). Souvent, un voiturier se cache sous la qualité de commissionnaire. Les tribunaux ont alors à rétablir la qualification exacte (V. Lyon, 17 décembre 1924 : D. H. 1924, 129. — Paris. 2 novembre 1921 : G. Pal. 1921, 2, 466 - Bull. tr. 1922, 16, pour le transport des bagages à domicile. — Paris, 25 octobre 1927 : G. Pal. 1927, 2, 855 - G. Trib., 29 décembre 1927 - Bull. tr. 1930, 93. — Besançon, 3 juin 1929 - Bull. tr. 1929, 81).

Des difficultés semblables se sont présentées pour différencier du voiturier l'entrepreneur de jeux forains (Lyon, 7 décembre 1928 : D. H. 1929, 44. — Civ. Nantes, 28 janvier 1931, Lancelot : G. Pal. 1931, 1, 431), le déménageur (V. la note de M. Solus : S. 23, 1, 345, et M. Demogue : Rev. Trim., 1914 140).

On voit ainsi combien est restreint le principe de la nullité des clauses d'exonération dans le contrat de transport. Par contre, quand les conditions d'application de l'article 103 C. com. se trouvent réunies, il s'applique quel que soit le mode de transport, terrestre ou fluvial (12), de marchandises proprement dites ou de wagons réservoirs (13).

Il est d'ailleurs évident que la nullité des clauses d'exonération se trouve encore prononcée chaque fois qu'une autre loi prohibitive les a interdites.

A la suite de la loi du 9 avril 1898, auquel l'article 30 imprime un caractère d'ordre public, ont été annulées plusieurs conventions dont l'objet était d'assurer l'indemnisation de l'ouvrier de façon autre que celle organisée par la loi (14). De même, l'article 1780, sur les indemnités dues pour résiliation abusive du contrat de travail s'impose impérativement aux parties (15). On devra également ajouter à ces espèces, la jurisprudence susceptible de se former à l'occasion de l'application de la loi du 10 mars 1930 relative aux clauses de non-

12) V. Cassvan, *op. cit.*, p. 108 et ss.

(13) Civ., 29 octobre 1912, Monnin, deux arrêts : S. 1913, 1, 277. — *Id.*, 13 juillet 1915, Leingre : S. 1917, 1, 23. — Civ., 10 décembre 1917, Compagnie des wagons-foudres de Marseille : D. P. 1917, 1, 205. — Cass., 6 février 1924 : G. Pal. 1924, 1, 545 - S. 1924, 1, 136. — V. sur cette question J. Escarra, Les clauses de non-responsabilité des compagnies de chemins de fer dans le tarif spécial P. V. n° 129 : Ann. Dr. Com. 1913, t. XXVII, p. 1 et ss.

14) Civ., 8 mai 1912, Vachey : D. P. 1913, 1, 63. — Civ., 20 décembre 1910 : G. Pal. 1912, 1, 40. — Com. Seine, 22 septembre 1899, Augé : D. 1900, 2, 17, 1^{re} espèce. — *Id.*, 17 novembre 1899, Goursaud : D. P. 1900, 2, 17, 2^e espèce. — Com. Auxerre, 26 décembre 1900 : D. P. 1901, 2, 252.

(15) Civ., 9 juin 1896, Gournay : S. 1896, 1, 400 - D. 1897, 1, 106. — Civ., 20 mars 1895, Truchot : S. 1896, 1, 400. — Civ., 22 juillet 1902, Soc. du Bon Marché : S. 1904, 1, 27. — Paris, 3 juillet 1926 : G. Trib., 6 et 7 juillet 1926.

responsabilité du bailleur pour dommages causés par les lapins.

Il faut enfin tenir compte dans cette revue de la jurisprudence contemporaine sanctionnant la nullité des clauses d'exonération des décisions rendues en matière maritime et qui appliquent des lois étrangères appliquant les clauses d'exonération. Les unes (Harter Act des U. S. A., Loi australienne) (16), sont propres à chaque pays. Les autres représentent l'adoption par ceux-ci d'une législation internationale, telle la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 (17) sur les connaissements. Rares sont les pays qui l'ont intégralement ratifiée. Les uns l'ont fait à peu près entièrement passer dans leur droit international sans la ratifier expressément sur le plan international telle l'Angleterre (18), d'autres l'ont ratifiée (19) (Belgique), d'autres l'ont votée mais attendent pour la ratifier, la ratification anglaise (20) ; certaines enfin l'adopteraient, mais rencontrent actuellement des obstacles de la part de l'opinion publique (21) ou de certains pouvoirs. En France, aucune ratification de la convention n'a encore été faite : elle ne peut se

(16) Trib. Rotterdam, 15 décembre 1926, L. Dreyfus : Dor. 21, 442.

(17) Sur l'adoption des règles de La Haye (et de Bruxelles) V. « La Conférence d'Anvers de droit maritime international, 1^{er} août 1930 » : Dor. 22, p. 69 et ss. — Sur la convention elle-même, V. Dor., I, 655, t. XV, 583.

(18) L. 1^{er} août 1924 : Dor. 8, 366.

(19) L. 28 novembre 1928 : Dor. 20, 476 - Moniteur, 11 janvier 1929 - P. Pér. 1929, 26 - Dor. 20, 476. — La Hollande a de même ratifié la convention.

(20) Italie : Dor. 22, p. 71.

(21) Etats-Unis, Danemark (V. Dor. 22, p. 69 et 72. — Pour les Etats-Unis, les curieuses observations de M. Casterby Jones et l'indication des obstacles qui s'opposent à la ratification, et Dor. 6, 610 pour le projet de loi. — Pour la Grèce et le Japon, V. *ead. loc.*, p. 70).

trouver actuellement dans les connaissements français que si ces derniers l'adoptent conventionnellement (22).

A la suite de la convention de Bruxelles, un projet gouvernemental (ayant pour origine un avant-projet rédigé par l'Association française de droit maritime adopté avec de très légères retouches par une commission extra-parlementaire siégeant à la Marine marchande) s'était borné à une revision de forme de la convention et à sa mise en concordance avec les habitudes françaises. Dans son économie générale, la Convention de Bruxelles se caractérise par l'interdiction des clauses conventionnelles d'exonération de responsabilité (23), pour la période maritime du contrat (24), compensée par une limitation légale de responsabilité de l'armateur (£. 100 par colis, sauf déclaration de valeur), et l'indication de toute une série de cas d'irresponsabilité, que l'on peut grouper autour des idées de cas fortuit ou de force majeure, — de faute de l'expéditeur, — d'actes de négligence ou de fautes du capitaine, marins, pilote ou préposés du transporteur dans la navigation ou l'administration du navire (25), — et de l'exonération de l'état de navigabilité du navire si l'armateur peut prouver qu'il a mis pour y arriver toute la diligence requise (26).

(22) A. Choteau, Les effets de l'adoption conventionnelle des règles de la Haye : Dor, t. 19, p. 18 et ss.

(23) Art. 1^{er} de la Convention.

Ainsi se trouve rétablie la scission entre les opérations diverses du transport, que le droit français ne reconnaît pas (V. sur ce point la critique adressée à la Convention par M. G. Ripert : Dr. Mar., II, n° 1817-6, 3^e éd., p. 801).

(24) Pour les clauses poids, contenu inconnus, V. *infra*, note 28.

(25) Art. 4, § 2, qui contient, par suite de l'influence anglaise, une longue énumération des causes d'irresponsabilité (V. B. Ripert, D. mar., II, n° 1816-4).

(26) Art. 3, § 1^{er}, et G. Ripert, *op. cit.*, n° 1816-2.

Ce projet de mise au point de la Convention de Bruxelles ne fut pas adopté, car il rencontra une proposition Roux Freyssinencq qui retint l'attention (27), Interdisant toute clause de non-responsabilité, quel que soit le caractère du titre dans lequel elle est insérée, supprimant d'autre part les articles qui exonéraient le transporteur des pertes et dommages résultant de l'innavigabilité, et des fautes commises par les préposés dans la navigation et l'administration du navire, cette proposition se montrait trop rigoureuse, en dépit de la limitation de responsabilité de l'armateur. Les milieux intéressés, diverses chambres de commerce (du Havre, d'Alger, de Paris), protestèrent contre cette réglementation.

Enfin, l'avant-projet de loi ayant pour objet de modifier les dispositions du titre II C. com., et émanant de la branche française de l'Association de droit maritime (28), permet dans son article 341 à l'armateur, « de s'exonérer des fautes commises par le capitaine, le pilote et l'équipage dans l'accomplissement de leurs fonctions », mais déclare par contre nul, « tout connaissance ou tout titre quelconque (à la différence de la Convention de Bruxelles qui réserve les chartes parties) créé en France ou à l'étranger, et ayant pour objet d'exonérer l'armateur de toutes autres responsabilités ». Il prohibe également les procédés détournés par lesquels les parties arriveraient au même résultat : soumission du contrat à une loi étrangère, stipulation du renversement du fardeau de la preuve. Les seules clauses validées sont celles qui sont relatives à la détermination des obligations du transporteur : autorisa-

(27) V. J. Officiel, Doc. parlem., session extr. 1925, Ch., annexe 2021, p. 33. — *Id.*, Doc. parl., 1926, Ann. 3026, p. 826. — Rev. Trim. 1927, 291.

(28) V. le texte de ce projet : Dor. 20, 805.

tion du chargement en pontée (art. 237), validité des clauses « que dit être, poids contenus inconnus », mais en en limitant l'effet à l'obligation pour l'expéditeur ou le réceptionnaire de prouver que les marchandises manquantes ont bien été chargées (art. 341, § III). Ce système assez rigoureux pour l'armateur est d'ailleurs tempéré par la limitation légale de la responsabilité provenant (art. 342) de la déclaration de valeur, ou, à défaut, de la fixation de l'indemnité à 2.500 francs par colis.

Le transport de bagages est soumis aux mêmes règles, à moins que le passager en ait conservé la garde. Quant à la responsabilité des accidents survenus aux passagers, le projet est muet. L'article 349 indique bien qu'en cas d'accident advenu pendant le voyage, le transporteur est responsable à moins qu'il ne prouve que le dommage est dû à un cas de force majeure ou à la faute du passager. Mais cet article ne doit pas, semble-t-il, être pris dans un sens absolu, mais concilié avec le principe de l'article 1^{er} de l'article 341 qui autorise l'exonération de responsabilité de l'armateur pour les fautes du capitaine ou de l'équipage, dans l'accomplissement de leurs fonctions.

D'une manière générale le projet représente une amélioration et un essai d'adaptation de la Convention de Bruxelles aux usages français : élaguant tous les éléments de forme qui tiennent à son origine internationale (notamment la longue énumération des faits, qui rentrent dans notre conception de la force majeure), donnant une traduction plus heureuse de l'expression « in navigation or in the management of the ship », enfin résolvant le problème de la validité des clauses poids ou contenu inconnus, en ne leur accordant que l'effet du renversement de la charge de la preuve. Ce projet est assez voisin du rapport déposé le 5 juillet

1929 au nom de la Commission de la Marine marchande, actuellement en cours de discussion, et auquel la doctrine a adressé d'assez vives critiques. Il reproduit à la suite de la Convention de Bruxelles, une définition du contrat de transport limitée à la phase purement maritime de l'exécution du contrat, le scindant ainsi contrairement à la conception de la Cour de cassation de France ; laissant, de plus, subsister des conflits, chaque fois qu'une législation reconnaîtra en droit interne (29), et pour les opérations terrestres, la validité des clauses d'exonération. Il introduit, de plus, dans des relations privées (et selon une tendance qui s'affirme du droit moderne), toute une série de sanctions pénales : amendes contre les armateurs qui inscriraient des dispositions interdites, — peines de l'escroquerie contre les chargeurs qui feraient de fausses déclarations de valeur de l'objet transporté.

Quoi qu'il en soit de ces difficultés propres au droit maritime, on voit ainsi quelle part doit être faite à la jurisprudence qui, sur le fondement d'une législation prohibitive annule ou annulera des clauses d'exonération de responsabilité.

Si l'on écarte ces solutions parfaitement légitimes, puisqu'elles reposent sur un texte légal, la thèse de la nullité absolue des clauses d'exonération n'est plus soutenue en jurisprudence. La formule qu'« on ne peut pas plus s'affranchir des conséquences des fautes de ses préposés que de ses propres fautes » permet à tout le moins le renversement du fardeau de la preuve.

Après-guerre pourtant, et pendant quelques années, certaines juridictions maritimes, et notamment les tri-

(29) V. les observations de MM. Ripert et Sauvage : *Dor.* 21, 782.
— *Addé* : G. Ripert, *Dr. Mar.*, II, n° 1381-4, 3^e éd., p. 344-345, et n° 1817-6, p. 802, note 1, — et « Le projet de loi sur les transports maritimes » : *Sémaphore*, 13 juillet 1930.

bunaux de commerce de Bordeaux et de Marseille, sont revenus à la rigueur de la très ancienne jurisprudence de la Cour de cassation (30), et en Belgique, un mouvement analogue peut être relevé (31). Les juridictions supérieures, et notamment les cours de cassation des deux pays, ont brisé cette jurisprudence (32).

(30) Bordeaux, 6 juillet 1920, cité par M. G. Ripert, t. II, p. 683, note 1. — *Id.*, 7 janvier, 4 mars 1921 : J. Bonnecase, Dr. Mar., n° 512 bis - G. Pal. 1921, 2, 267. — *Id.*, 8 avril 1927 : Dor. Sup. 5, 270 et la note de M. G. Ripert - G. Pal. 1927, 2, 303.

Com. Marseille, 19 juin 1918 : Rev. int. dr. mar., XXXIII, 371 - J. Mars. 1918, 1, 336. — *Id.*, 9 novembre, 14 décembre 1920, 1^{er} mars, 19 avril 1921 : J. Marine marchande, 29 septembre 1921 - Rev. int. Dr. Mar., XXXIII, 105 et 407. — *Id.*, 31 mai 1927 : G. Pal. 1927, 2, 303 - Dor. Sup., 5, 372.

V. également Le Havre, 29 janvier 1916 : Rev. int. dr. mar., XXXI, 532. — *Id.*, 5 août 1927 : Rev. ventes et transp. 1927, 412, cité par M. G. Ripert, *op. cit.*, p. 683, note 1; — et Nantes, 21 juin 1921 : Rec. Nantes 1920, 1, 360.

V. sur cette jurisprudence G. Ripert, Dr. Mar., II, n° 1737, 3^e éd., p. 681. — L'autorité de la jurisprudence et l'indépendance des tribunaux de commerce : Rev. dr. français, 10 juin 1927. — J. Bonnecase, Particularisme du droit maritime, n°s 64 et ss., et La fonction juridictionnelle de la Cour de cassation et la liberté des jugements de tribunaux de commerce : Rev. dr. franç., 25 mars 1927. — Les hésitations actuelles de la Cour de cassation en présence des clauses de non-responsabilité en droit maritime : Sup. Sémaphore, 10 mars 1927. — La question de la validité des clauses de non-responsabilité posée de nouveau en thèse devant la jurisprudence : Sémaphore, 25 mai, 10 juin 1927. — Tassel, Th. Rennes, 1925 (48). — Allemandou, Th. Bordeaux, 1921.

(31) Anvers, 8 juin 1923, trois jugements : P. A. 1923, 335, 352, 372 - Belg. Jud. 1925, 110 - Dor. 3, 241. — 12 janvier 1924 : Dor. 6, 151. — Com. Anvers, 13 juin 1924 : P. A. 1924, 310 - Dor. 8, 59.

(32) V. pour la France Cass., 19 décembre 1929, Garmann (cassant Bordeaux, 8 avril 1927, précité) : S. 1930, 1, 48 - G. Pal. 1929, 2, 1009. — Cass., 7 juillet 1927 : G. Pal. 1927, 2, 553.

V. pour la Belgique Cass., 13 novembre 1924 : Pas. 1925, 1, 18 - Belg. Jud. 1925, 112 - P. A. 1924, 385 - Dor. 10, 74, cassant Com. Anvers, 8 juin 1923 : P. A. 1923, 335.

136. — Si le parti de la nullité des clauses d'exonération n'a pas triomphé en pratique, celui de la validité absolue ne l'a pas davantage. En ce qui concerne la faute personnelle, la jurisprudence est constante, et la preuve de cette affirmation se trouve dans la jurisprudence qui ne fait produire à la clause qu'un renversement de la preuve ou l'exonération dans la mesure de la seule faute légère. S'il s'agit de la responsabilité du fait des préposés, la solution est identique en principe, puisque les conditions de l'irresponsabilité, en ce cas, sont les mêmes que celles de la faute personnelle. Les exceptions à cette règle sont en nombre très restreint.

La validité complète de la clause d'exonération n'a, en effet, été admise que pour la négligence clause, et la jurisprudence n'a jamais étendu cette solution aux autres cas de responsabilité du fait des préposés. La Cour de cassation réserve pourtant, dans les considérants de ses arrêts, le sort de la clause, dans les espèces où le préposé « échapperait, comme le capitaine, aux ordres et instructions de son commettant » (1). En dehors de ce cas, la loi du 31 mai 1924 admet l'exonération du transporteur aérien pour les risques de l'air et les fautes de navigation commises par l'équipage. Mais il faut, en outre, que l'aéronef soit en bon état de navigabilité au départ et que le personnel soit pourvu des brevets et certificats réglementaires. Ces documents ne constituent d'ailleurs qu'une présomption de régularité susceptible de preuve contraire (2).

(136-1) Req., 27 novembre 1911, Schimmelpfeng : S. 1915, 1, 113.

(2) V. G. Ripert, La force majeure dans les transports aériens : Rev. Jur. Loc. Aér. 1928 et ss, — La responsabilité du transporteur aérien et la jurisprudence : Rev. Jur. Loc. Aérienne, 1925, 5. — A. Kaftal, La réparation des dommages causés aux voyageurs dans les transports aériens : Rev. Trim. 1929, p. 1002. — J. Hamel, La loi du 31 mai 1924 : Ann. dr. com. 1925.

Enfin, le projet de loi sur la navigation fluviale valide les clauses de négligence quelle que soit la nature, nautique ou commerciale, de la faute des préposés et autorise même dans la mesure de la faute légère l'exonération de responsabilité des fautes personnelles du transporteur. Ce projet représente la disposition législative la plus favorable aux clauses; et ce fait s'explique par la volonté de tenir compte du caractère international du Rhin, et de la législation tolérante encore en vigueur en Alsace-Lorraine (3).

137. — Les thèses de la validité et de la nullité absolues étant ainsi écartées, deux groupes d'arrêts retiennent seuls l'attention : celui qui consacre un simple renversement du fardeau de la preuve et celui qui semble valider la clause dans la mesure de la faute légère : ce dernier, surtout, présente un intérêt particulier, car il importe de déterminer si la Cour de cassation a réellement approuvé la théorie de l'exonération de la faute légère.

Les jugements et arrêts qui consacrent cette solution sont en effet assez nombreux pour que l'on se demande si elle ne constitue pas la théorie véritable de la jurisprudence française sur les clauses d'exonération. Il ne sert de rien de répéter que l'on ne peut pas plus s'affranchir des fautes de ses préposés que de ses propres fautes, si l'on ne prouve pas que cette proposition a un sens autre que de soumettre à un même régime l'exonération de responsabilité du fait d'autrui et du fait personnel.

(3) V. P. Niboyet, *Bulletin Soc. Et. Législ.*, 1923, 11, p. 86 et s., et *Les projets de conventions sur certaines matières de droit fluvial*: Dor. 18, 1. — Pour le Rhin, la loi du 1^{er} juin 1924 a conservé les paragraphes 276 et 278 C. civ. allemand. — P. Niboyet, *Questions sur la responsabilité*, p. 197.

Or, et quelque tentant qu'il puisse être de faire servir des décisions, assez nombreuses d'ailleurs, à la justification d'une thèse qui semble excellente, il est impossible de leur attacher une autorité quelconque : la doctrine des unes ayant été condamnée par la Cour de cassation, les autres n'ayant pas la portée qu'on leur peut attribuer.

Rentrent dans la première catégorie, les jugements relatifs au contrat de transport terrestre et qui admettaient, que le transporteur ayant inséré une clause de non-responsabilité pour retard était exonéré si une faute lourde ou un dol n'était prouvé contre lui. Cette opinion se trouve sans valeur depuis son improbation par la Cour de cassation (1). Le même sort devait être réservé à l'arrêt de la Cour de Montpellier qui, à propos d'un contrat d'exposition, avait admis l'exonération des fautes légères d'un préposé (2).

Le second groupe d'arrêts tombe sous une critique différente, ou plus exactement sous des critiques différentes, car il convient de distinguer entre les arrêts rendus par la Cour de cassation et par les juridictions inférieures. Ceux-ci s'expliquent toujours par une confusion entre les clauses de non-responsabilité et la détermination des obligations conventionnelles. Partant de l'idée que certains débiteurs ne sont tenus que de leur faute lourde, ils en concluent normalement à la validité des clauses d'exonération de la faute légère. Il en a été ainsi pour la responsabilité médicale où les tribunaux exigent souvent une faute lourde du médecin (théorie condamnée par un récent arrêt de la Cour de cassation), et surtout pour la responsabilité tenant à la prestation de renseignements inexacts, qu'il s'agisse

(137-1) V. *supra*, n° 58, note 7.

(2) Cass., 31 décembre 1900 : S. 1901, 1, 401, note de M. E.-H. Perreau.

d'agences de renseignements ou de journaux financiers. Ce trait a été décrit antérieurement ainsi que la tendance actuelle des tribunaux à renoncer à cette distinction arbitraire. Cette jurisprudence troublante s'explique donc par le fait que l'exonération résulte plus de la limitation des obligations, que de la clause d'exonération (3). Soutenant même que le donneur de renseignements n'est tenu que de son dol, certains arrêts sont allés jusqu'à l'exonérer de sa faute lourde, solution généralement repoussée par les auteurs et certainement par le reste de la jurisprudence.

Les arrêts de la Cour de cassation, que l'on pourrait présenter comme admettant l'exonération de la faute légère, échappent à l'observation précédente. Deux d'entre eux pourtant en seraient justiciables : l'arrêt *Le Gualès de Mézaubran* rendu dans une espèce qui engageait la responsabilité d'une agence de renseignements d'un type spécial (4), le *Bureau Veritas* ; et l'arrêt *Schimmelpfeng* relatif à une agence de renseignements ordinaire.

Du groupe des autres arrêts, l'un d'eux doit être encore détaché comme étranger au problème des clauses de non-responsabilité au sens strict : l'arrêt *Pellerin* de 1876, qui a précisément créé le mouvement jurisprudentiel en faveur de l'exonération de la faute légère. Il date d'une époque où la différence entre la clause d'exonération et l'assurance était encore imprécise, et règle d'ailleurs une difficulté différente de la nôtre. Il s'agissait, en effet, d'une combinaison d'une assurance

(3) V. notamment *Lyon*, 5 avril 1905 : D. 1906, 5, 15. — *Montpellier*, 5 décembre 1892 : D. 1894, 2, 451.

(4) V. pour l'assimilation du bureau *Véritas* à une agence de renseignements commerciaux, *Com. Nantes*, 28 décembre 1912 : *Rev. int. dr. mar.*, t. XXIX, p. 741.

et d'une clause d'exonération ; un bailleur renonçant à son recours contre son locataire au cas d'incendie, et s'engageant également à obtenir la renonciation de son assureur. Il s'agit là d'une convention d'association de deux clauses qui n'est pas soumise, ainsi qu'il le sera montré ultérieurement, au régime des clauses de non-responsabilité.

Quant aux derniers arrêts qui, en relevant avec insistance le caractère de gravité de la faute commise, semblent, *a contrario*, autoriser l'exonération de la faute légère, ils tombent sous une critique différente. Leurs motifs s'expliquent par une raison étrangère à celle de la validité des clauses et simplement de procédure. Ils ne doivent, en effet, pas être considérés en eux-mêmes mais interprétés en fonction des critiques adressées par le pourvoi à la décision attaquée. Or il semble bien — et les deux arrêts précédents en donnent des exemples suffisants — que les demandeurs en cassation, en même temps qu'ils critiquent la théorie du renversement de la preuve, discutent le caractère de gravité de la faute. La Cour de cassation se trouve ainsi amenée à déclarer « que les juges du fond ont, à bon droit, reconnu à la faute le caractère de faute grave ». La déclaration perd de son intérêt parce qu'elle n'est pas spontanée.

Il est, en effet, à noter que les arrêts prêtant à confusion ne sont jamais intervenus que dans des espèces où les juges du fond avaient reconnu l'existence d'une faute lourde. Jusqu'au jour où la Cour de cassation censurera une décision refusant d'appliquer la clause d'exonération à une faute légère, il n'est pas permis d'écrire que cette théorie se trouve admise par elle. Tout au plus pourrait-on noter qu'une certaine évolution se produit en ce sens. La jurisprudence se serait montrée rigoureuse, tant qu'il s'agissait de contrats d'adhésion, imposés par les bénéficiaires de monopoles,

mais atténuerait sa rigueur depuis que la clause se généralise et peut être librement discutée. Il serait même possible de concevoir l'application de deux systèmes s'appliquant distributivement aux uns et aux autres cas (5).

138. — Mais il n'en est pas moins vrai que, dans la jurisprudence actuelle, seul, le groupe qui admet, qu'en matière contractuelle la clause de non-responsabilité a pour effet d'obliger le créancier à faire la preuve de la faute dans l'inexécution, peut être retenu si l'on veut interpréter correctement la jurisprudence française (1). L'expression souvent répétée, que l'on ne peut pas plus s'affranchir des fautes de ses préposés que de ses propres fautes, doit être prise dans son sens plein et contient les deux propositions suivantes : s'il s'agit d'exonération des fautes personnelles la clause ne produit qu'un effet limité au renversement de la preuve, — s'il s'agit d'exonération des fautes des préposés, la clause est soumise en matière contractuelle, à une règle identique.

Il n'est pas à dire que cette solution certaine en jurisprudence, « se soit jamais élevée au rang de doctrine claire et précise » (2), car on ne trouve aucune décision rendue en matière délictuelle, et le principe sur lequel repose la formule de la Cour de cassation n'est jamais apparu au cours de l'analyse précédente. L'examen critique de la théorie du renversement de la preuve doit donc être entrepris, ainsi que la construction d'en-

(5) Cette idée ne saurait être admise qu'avec réserve si l'on admet que l'arrêt Le Gualès de Mézaubran consacre une solution libérale, alors que le Bureau Véritas jouit d'un monopole (Sur ce dernier caractère, V. la note de M. Rousseau : D. 1924, 1, 81).

138-1) L. Hugueney, note S. 1915, 1, 113, § 3.

(2) L. Hugueney, *loc. cit.*

semble de la théorie, mais afin de l'aborder avec tous les éléments de solution nécessaires, il faut encore décrire le système suivi pour la clauses limitatives de responsabilité.

SECTION III

LES CLAUSES LIMITATIVES DE RESPONSABILITE

139. Définition et effets de la clause limitative. Distinction d'avec la clause pénale. — 140. Différences quant aux causes entravant l'application de l'une et l'autre clauses. — 141. Caractère forfaitaire de la clause limitative. — 142. La clause limitative dérisoire. — 143. Faveur de la jurisprudence à l'égard de la clause limitative — 144. Difficultés de détail.

* G. Ripert, *Dr. marit.*, t.II, n. 1791 et ss., 3^e éd., p. 746 et ss. — Cours doct., 1929-1930, p. 372 et ss. — Planiol, Ripert, Esmein, t. VI, n° 406, p. 569. — P. Esmein, *Clauses de non-responsabilité*: *Rev. Trim.*, 1926, p. 319 et s. — Bonnecase, *Dr. Marit.*, n. 527 *bis* et ss. — Roger, *Des clauses limitatives de responsabilité*: *Th. Paris*, 1929. — Cassvan, *Th. précitée*, p. 161 et ss., 334 et ss. — De Harven, *Des conventions ayant pour but de libérer de la responsabilité*. Grimal, *observ. sous Alger*, 20 février 1924 : *Dor. Sup.* 2, 258. — Notes sous *Dor*, 1, 365, *Dor Sup.* 2, 392, *Dor*, 7, 425. — Bourcart, note *D. P.* 1908, 2, 145. — Marclaud, *Th. Paris*, 1897.

Cf. au point de vue historique M. Fliniaux, *La clause pénale chez les canonistes*, *Mélanges P. Fournier*, p. 233 et s. — En droit étranger : pour la législation américaine, dont le Harter Act prohibe la limitation de responsabilité, mais admet l'agrément de valeur : G. Ripert, *op. cit.*, n° 1795. — Pour l'Argentine : *Ch. fédérale Appels Buenos-Ayres*, 19 novembre 1924 : *Dor*, 10, 69. — *Id.*, 8 août 1923, Gluckmann : *Dor*, 9, 225. — Pour l'Italie : *infra*, n° 171. — Les Conventions de La Haye et Bruxelles, par leur caractère impératif, interdisent toute atténuation conventionnelle de responsabilité de l'armateur.

139. — On entend par clause limitative de responsabilité la convention par laquelle le débiteur fixe, en prévision d'une inexécution fautive de son obligation, le montant des dommages-intérêts que pourra toucher le créancier. Cette clause est vue avec faveur par la jurisprudence pour la raison que « loin de supprimer la responsabilité du débiteur, elle en reconnaît le principe, et qu'elle a seulement pour effet de déterminer à l'avance, à forfait, l'indemnité qu'il sera tenu de payer » (1). De plus, elle a trouvé dans deux textes légaux un appui certain : l'article 1152 C. civ. qui pose le principe de la validité de la clause pénale et que l'on retrouve fréquemment cité dans les décisions relatives à la clause limitative — l'article 102 C. com. qui indique « l'indemnité pour cause de retard » parmi les énonciations de la lettre de voiture (2). La convention étant licite, peu importe que son montant soit sensiblement inférieur à celui du dommage réel subi par le créancier : celui-ci ne peut obtenir de dommages-intérêts supplémentaires en prouvant la faute du débiteur.

Ce tableau que l'on présente généralement de la clause limitative présente une simplicité extrême, mais il doit être, en fait, beaucoup plus nuancé et la complexité du problème ne tarde pas à apparaître, même en négligeant le problème de l'acceptation de la clau-

(139-1) Civ., 2 avril 1890, Compagnie générale transatlantique c. Chaigne : D. 1891, 1, 34 - S. 90, 1, 213 - Rev. int., VI, 5. — 22 janvier 1884 : D. 1884, 1, 121 - S. 84, 1, 221. — *Id.*, 25 juin 1892 : D. P. 1892, 1, 483.

(2) Par contre, la législation spéciale sur la responsabilité de l'Administration des postes et télégraphes est sans valeur. La responsabilité exceptionnellement reconnue pour les colis postaux, les lettres recommandées peut bien être limitée : peu importe, car des textes prévoient aussi l'irresponsabilité de principe de la poste et l'on en a jamais tiré argument pour admettre la validité des clauses d'irresponsabilité complète.

se (3). Par toute une série de points la clause limitative se sépare en effet de la clause pénale.

140. — En premier lieu la clause limitative ne joue qu'à défaut de la démonstration du dol ou de la faute lourde du débiteur (1). Au premier cas, la solution ne soulève aucune difficulté, car on doit appliquer à la clause pénale le régime de l'article 1150 C. civ, d'où l'on déduit que le débiteur n'est tenu des dommages et intérêts prévus au contrat que si ce n'est point par son dol que l'obligation n'est pas exécutée. Mais au second cas, rien dans le régime de la clause pénale, au sens strict, n'autorise la solution jurisprudentielle. La jurisprudence belge, qui est restée beaucoup plus fidèle que la jurisprudence française au rapprochement de la clause limitative et de la clause pénale, paraît bien appliquer à la faute lourde le bénéfice de la limitation de responsabilité (2).

Toutefois, en France, la clause limitative semble cou-

(3) La question s'est surtout posée pour les clauses insérées lors de l'enregistrement des bagages, que l'on ne prétendait être connues des voyageurs qu'à un moment tardif (V. Alger, 16 décembre 1846 : D. 1847, 2, 1. — Aix, 30 janvier 1861 : D. P. 1864, 1, 166. — Cpr. *Id.*, 16 janvier 1915 : S. 1916, 1, 110).

(140-1) Civ., 3 janvier 1922 : Dor. 1, 356. — *Id.*, 6 novembre 1922 : S. 1923, 1, 103. — *Id.*, 22 janvier 1923 : S. 1924, 1, 24 - D. 1925, 1, 91 - Dor. 1, 380. — *Id.*, 25 juillet 1923 : D. P. 1926, 1, 229 - S. 1924, 1, 215 - Dor. Sup. 1, 149. — Req., 24 avril 1928 : S. 1928, 1, 258 - Dor. Sup. 6, 253. — Com. Seine, 21 décembre 1929 : Dor. Sup. 8, 132. — Com. Marseille, 31 octobre 1923 : Dor. Sup. 1, 461. — 12 novembre 1923 : *id.* 1, 513. — V. pour un cas de dol Gênes, 5 novembre 1924 : Dor. 7, 453, dans lequel le transporteur se refuse à livrer la marchandise pour bénéficier de la différence entre sa valeur et le montant de la clause limitative.

(2) Cf. *infra*, n° 171 et note 19, et V. également en France, ne faisant pas de distinction, Trib. Seine, 8 janvier 1924 : Dor. Sup. 2, 215.

vrir au moins la faute lourde, sinon le dol, quand elle imite la négligence clause (3). Il est en effet normal d'appliquer à la première clause stipulée au profit de l'armateur un effet limitatif de responsabilité, absolu, même au cas de dol de l'équipage. Sur ce point encore, la jurisprudence belge semble plus nette que la jurisprudence française (4). Si cette dernière solution ne semble guère discutable, la première l'est au contraire, mais elle est logiquement imposée par la réduction de la clause limitative de responsabilité à une clause pénale.

141. — Sur un autre point encore, nouvelle différence : la clause pénale n'est pas susceptible de modification et le juge ne peut en élever ou en diminuer le montant. La clause limitative joue au contraire comme un forfait : si elle constitue un maximum que ne peut dépasser l'indemnité, elle ne peut être appliquée quand le préjudice est inférieur au montant de la clause, ou quand stipulée pour un ensemble d'obligations, certaines d'entre elles seulement ont été inexécutées (1). Il en résulte d'ailleurs une nouvelle opposition entre la clause pénale et la clause limitative. Alors que le créancier bénéficie de la première sans qu'il soit obligé de prouver le préjudice que lui cause l'inexécution, il doit dans le second cas, apporter la preuve du dommage subi et démontrer qu'il est au moins égal au montant de la clause.

142. — Enfin, la clause limitative, bien qu'elle doive

(3) V. Com. Havre, 2 juillet 1929 : Rec. Havre 1929, 1, 320, qui se refuse à faire la distinction entre la faute de l'armateur et celle du capitaine. — Cpr. au contraire Com. Marseille, 25 octobre 1922 : Dor Sup. 1, 517.

(4) V. *infra*, n° 171, note 19.

(141-1) Rouen, 2 avril 1919 : Rev. int. dr. marit., XXXI, 893.

recevoir en principe application, si minime que soit l'indemnité stipulée, ne peut jouer, aux termes de la jurisprudence française (encore différente, de ce point de vue, de la jurisprudence belge) (1) si elle est dérisoire par rapport au préjudice souffert (2). Elle se ramènerait, en effet, à une clause d'exonération pure et simple. Cette attitude de la jurisprudence française est très remarquable, car en condamnant les clauses limitatives déguisant une clause d'exonération complète, en refusant de leur faire produire effet dans la mesure de la faute légère, elle démontre d'une façon décisive qu'elle ne sanctionne pas davantage la clause d'exonération. Les droits qui admettent l'effet exonératoire de cette dernière convention ne font pas de distinction entre la clause limitative, si minime soit-elle, et la clause d'exonération. Inversement on doit déduire de la décision de notre jurisprudence une différence nécessaire de traitement entre les clauses. Il se produit donc actuellement, comme le note M. Cassan, un phénomène très intéressant : si la validité de la clause limitative servait autrefois à démontrer celle de la clause d'exonération (cette dernière n'étant qu'une convention dans laquelle l'indemnité a été réduite à néant), aujourd'hui, la défaveur témoignée à cette dernière retentit sur la clause limitant les dommages-intérêts.

143. — La clause limitative se détache ainsi de la clause pénale (1) et l'on peut déjà poser que dans le

(142-1) Cass. belge, 16 septembre 1926 : Dor. 16, 147.

(2) Cass., 13 janvier 1930 : Dor. Sup. 8, 125. — Civ., 14 juillet 1924 : S. 1925, 1, 295. — *Id.*, 12 juillet 1923 : S. 1925, 1, 84 - Gaz. Pal. 1923, 2, 43. — Besançon, 27 janvier 1911 : S. 1911, 2, 277. — Le Havre, 22 janvier 1928 : Dor. Sup. 6, 127 - Rec. Havre 1928, 1, 108.

(143-1) Cpr. G. Ripert, Dr. mar., II, n° 1793 *bis*, et Limites de la liberté contractuelle, p. 372.

système de la jurisprudence française il est impossible de fonder sur celle-ci la validité de la première. Mais, pour l'instant il importe surtout de noter combien est curieuse la faveur avec laquelle la jurisprudence traite la clause limitative, alors qu'elle refuse de faire produire effet, dans les mêmes limites, à la clause d'exonération. Celle-ci oblige sans doute le créancier à faire la preuve de la faute du débiteur, mais cette exigence satisfaite, il est possible de prétendre à une réparation intégrale du préjudice causé. La clause limitative s'impose au contraire impérativement aux parties et au juge : la jurisprudence refuse très fermement de distinguer entre ce qui, dans la limitation de responsabilité, est clause pénale, et l'excédent, pour lequel il y a exonération de responsabilité : elle n'admet pas que le créancier touchant le montant de l'indemnité sans avoir à prouver la faute du débiteur, puisse obtenir, en l'apportant, une indemnisation complète.

Sans doute il existe bien dans notre droit français la disposition assez peu remarquée de l'article 1953 C. civ. qui limite à 1.000 francs la responsabilité de l'hôtelier quand les effets de voyageur n'ont pas été effectivement déposés entre ses mains ; et il a été déjà donné l'occasion de constater, que la jurisprudence admet l'hôte à obtenir le complément de l'indemnité s'il parvient à démontrer la faute de son débiteur. Cette solution n'a jamais été généralisée, et elle s'explique d'ailleurs fort mal. Faut-il admettre que jusqu'à 1.000 fr. l'hôtelier est sous le régime d'une responsabilité professionnelle fondée sur le risque, et subit quant au reste l'application du droit commun (2) ? ou doit-on, avec M. Demogue, estimer que, tenu jusqu'à ce chiffre d'une obligation de résultat, il est ensuite lié par une obligation de moyen ? La première hypothèse est la plus

(2) L. Jossierand, *Dr. civ.*, II, n° 1372. — V. *supra*, n° 59.

satisfaisante, car les travaux préparatoires ont marqué la volonté du législateur d'accorder exceptionnellement au voyageur une action s'il apporte la preuve de la faute cause de la perte ou du vol. Il est en tout cas impossible de parler du maintien de la responsabilité délictuelle au delà de 1.000 francs, car on ne s'expliquerait pas pourquoi le même principe ne s'applique pas pour la clause limitative de responsabilité.

Si cette convention est plus dangereuse que la clause d'exonération, comment a-t-elle pu connaître cette faveur ? Ainsi que l'écrivait Bontaud en remarquant que la reconnaissance par la clause, du principe de la responsabilité l'a fait valider : n'est-ce pas se montrer assez accommodant avec les principes s'il suffit de les proclamer pour être admis à les tourner ? (3).

Même en écartant l'influence, pourtant décisive, de la théorie de la clause pénale, plusieurs raisons expliquent l'attitude de la jurisprudence. Tout d'abord, la clause limitative semble moins heurter la conscience au point de vue moral que la clause d'exonération, — et cette idée inspire certainement la déclaration de la Cour de cassation aux termes de laquelle, loin de nier la responsabilité, la clause se borne à en régler les conséquences. Mais on doit aussi ajouter qu'elle paraît économiquement moins dangereuse que la clause d'exonération, puisqu'elle donne au créancier une compensation certaine, si minime soit-elle. D'autre part, elle oblige le débiteur, plus que la clause d'exonération, à veiller sur l'exécution correcte de son obligation, puisque le seul fait d'un manquement entraînera sa responsabilité. Il est impossible de n'en pas rapprocher le mouvement qui dans l'assurance a aussi obligé l'assuré à supporter lui-même une partie de sa responsabilité, soit que la condamnation prononcée par le juge

(3) Bontaud, *op. cit.*, n° 162.

dépasse intentionnellement le montant de l'assurance, soit que conventionnellement l'assureur laisse une part des dommages-intérêts à la charge de l'assuré. Enfin, la clause limitative paraît comme librement acceptée par le créancier. Son montant n'est souvent fixé — en matière de transports maritimes ou terrestres par exemple — qu'à défaut d'une déclaration de valeur (4). En ce cas, la somme agréée jouant le rôle de clause limitative — égale par hypothèse à la valeur réelle de l'objet — le créancier est à même de voir ses droits intégralement respectés (5). La clause limitative apparaît donc tout à fait dans la note du droit actuel de la responsa-

(4) V. G. Ripert, *Dr. mar.*, II, n° 1794, 3^e éd., p. 749.

(5) V. Trib. 1^{re} instance Alexandrie, 24 avril 1930 : *Dor. Sup.* 1930, 267. — Ap. Lyon, 27 janvier 1930 : *Bull. Tr.* 1930, 93.

Des difficultés se sont élevées en jurisprudence sur le point de savoir, si la seule déclaration de valeur empêche l'application de la clause d'exonération. Un bon nombre de juridictions ont déclaré que la clause limitative n'avait de ce fait plus de raison d'être. La jurisprudence ramenant la clause limitative à une clause pénale, peu importe l'insertion de la valeur déclarée (Cass., 29 janvier 1924 : *Dor. Sup.* 2, 198. — Aix, 17 janvier 1923 : *Dor. Sup.* 2, 565). Les tribunaux inférieurs respectent moins cette règle (V. notamment Le Havre, 21 avril 1928 : *Rev. int. dr. mar.*, XXXI, 249. — Marseille, 18 décembre 1922 : *Dor.* 2, 573. — *Id.*, 5 février 1923 : *Dor.* 2, 571. — Com. Bordeaux, 11 juin 1923 : *Dor. Sup.* 1, 320. — Le Havre, 9 juillet 1923 : *Dor. Sup.* 1, 231). La question est surtout délicate en présence d'un contrat soumis au Harter Act (Com. Havre, 21 août 1918 : *Rev. int. dr. mar.*, XXXI, 249, qui annule pour irresponsabilité partielle. — M. Roger, *op. cit.*, n° 184).

V. pour le conflit de la clause limitative et de la « déclaration de nature » de la chose : Cass. Turin, 8 novembre 1921 : *Rev. int. dr. mar.*, XXXIII, 958. — Casale, 4 juin 1923 : *Dor.* 4, 394. — Ap. Gênes, 16 mai 1924 : *Dor.* 7, 448.

En droit terrestre, un problème analogue se pose, pour savoir si la réquisition d'un tarif spécial applicable aux animaux n'excédant pas une certaine valeur, n'implique pas limitation de responsabilité de la compagnie à cette dernière valeur. C'est en ce sens que s'est fixée la jurisprudence (Cass., 14 août 1883 : *D. P.* 1884, 1, 344 -

bilité, et cette conclusion se révélera encore plus exacte lors de la conclusion de cette étude.

144. — Si l'on veut finir de voir en détails la jurisprudence rendue sur ces clauses, on ne peut qu'ajouter des précisions qui vont d'elles-mêmes et qui sont déjà en partie connues. La clause est soumise au principe de l'interprétation restrictive : il est impossible de l'appliquer à des personnes (1), à des faits, à des objets qu'elle ne désignait pas (2). Mais dans son domaine, elle protège efficacement le débiteur, qu'il s'agisse de dommage causé aux personnes (3) ou aux biens, et pendant toute la durée du contrat. Il serait inutile de signaler ce dernier point, si l'on ne retrouvait ici les controverses relatives à la définition du transport maritime. En cette matière surtout, la Cour de cassation a été amenée à poser le principe que le contrat recouvre toutes les opérations, même terrestres, qui sont unies par un lien nécessaire à l'opération du transport proprement dit.

Pour éviter l'application de la clause, le créancier

S. 84, 1, 43. — 6 février 1924 : G. Pal. 1924, 1, 621 - Bull. Tr. 1929, 22 et les renvois. — *Id.*, 21 octobre 1924 : G. Pal. 1924, 2, 657. — *Id.*, 1^{er} mars 1926 : G. Pal. 1926, 1, 685. — Cass., 8 décembre 1926 : G. Pal. 1927, 1, 229. — V. cependant encore, refusant de se soumettre à la jurisprudence, Chambéry, 13 novembre 1928 : Bull. Tr. 1929, 22). La Cour de cassation se fonde sur ce que, par réquisition, le demandeur a fixé lui-même le montant des dommages-intérêts que la compagnie pouvait prévoir, et ne fait d'exception qu'au cas de dol (V. L. Jossierand, Transp., n° 617, et Cass., 7 janvier 1907 : D. P. 1908, 1, 423).

(144-1) Com. Marseille, 5 novembre 1929 : Dor. Sup. 8, 3 - G. Pal. Som. 1930, 1, 49.

(2) Com. Havre, 26 mars 1923 : Dor. Sup. 2, 563.

(3) M. Roger, *op. cit.*, n° 194. — Zens, Responsabilité du voiturier à raison des accidents de personnes : Th. Paris, 1896. — V. cependant M. Jossierand, Transports, n° 915.

doit prouver la faute lourde ou le dol du débiteur. Les tribunaux inférieurs se sont montrés parfois assez tolérants sur ce point, admettant par exemple que la fréquence des vols équivaut à une faute lourde (4), obligeant même le transporteur à administrer en une certaine manière la preuve de son irresponsabilité, en lui imposant d'indiquer dans quelles circonstances s'est produit le vol ou la perte ; — mais les décisions récentes reviennent à l'obligation stricte de la preuve imposée au créancier (5).

La jurisprudence a pourtant dégagé une autre notion qui limite également la portée de la clause : c'est qu'elle ne peut produire effet quand elle tourne au profit de l'armateur, qu'elle couvre un acte irrégulier destiné à lui procurer des bénéfices, quand le capitaine charge frauduleusement en pontée et perçoit le fret du transport en cale, quand l'armateur laisse subsister un mauvais aménagement de son navire, évitant ainsi une dépense pourtant nécessaire (6). Cette création jurisprudentielle représente l'un des mouvements les plus intéressants auxquels ait donné lieu récemment les conventions d'irresponsabilité : elle sera analysée lors de l'étude d'ensemble à laquelle on doit désormais procéder.

(4) Com. Marseille, 16 juillet 1928 : Rec. Marseille 1928, 1, 286. — Marseille, 11 février 1924 : Dor. Sup. 2, 273. — *Id.*, 4 décembre 1923 : Dor. Sup. 2, 33. — *Id.*, 15 octobre 1923 : Dor. Sup. 1, 240.

(5) Civ., 19 juin 1928 : Dor. Sup. 4, 698, et Com. Marseille, 20 décembre 1928, motifs : Dor. Sup., t. 6. — *Id.*, 24 juillet 1928 : Rec. Marseille, 1928, 1, 305. — Rouen, 8 décembre 1928 : Rec. Havre, 1929, 2, 139. — *Id.*, 14 mai 1929 : Dor. Sup., 7, 308. — Montpellier, 19 février 1927 : Mon. Jud. Midi, 1927, 77. — Com. Marseille, 29 mai 1930, G. gén. Lépine : Dor. Sup. 8, 327.

(6) V. *infra*, n° 180.

SECTION IV

EXAMEN CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE
RENDUE SUR LES CLAUSES
DE NON-RESPONSABILITE

145. Tentatives d'explication de la jurisprudence du renversement de la preuve. — 146. Explication historique : discussion de l'influence de Troplong. Explication de la jurisprudence par une mise au point de la théorie initiale de la nullité de la clause d'exonération. — 147. Explication juridique : convention sur la force majeure. Convention sur la charge de la preuve. Explication par la sous-jacence de la responsabilité délictuelle. — 148. Analyse des deux propositions contenues dans cette théorie : I) Cumul des responsabilités ; II) Caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle.
- I) *Cumul des deux responsabilités.* — 149. Thèse du cumul : dualité des responsabilités contractuelle et délictuelle. — 150. Critique juridique. — 151. Manque de concordance avec la jurisprudence : examen des jurisprudences belge et française. — 152. Essai d'une théorie atténuée du cumul ; rejet de cette tentative. — 153. Principe du non-cumul : difficultés quant au dol, à la faute pénale.
- II) *Caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle.* — 154. Part de vérité de cette proposition ; sa limitation nécessaire ; indifférence de l'art. 1382 à une convention de non-responsabilité de la faute personnelle. Nécessité d'admettre des dérogations conventionnelles à l'art. 1382 pour expliquer certaines solutions de la jurisprudence. — 155. Conclusion : identité fondrière de la faute contractuelle et délictuelle malgré les différences formelles dans l'organisation technique des deux responsabilités.
- III) 156. *Impossibilité d'explication du renversement de la preuve par la théorie du cumul.* — 157. Dangers de l'explication proposée : le cumul des responsabilités et les art. 1384 et s. C. civ.
- IV) 158. *Conclusion* : signification de la jurisprudence.

145. — Ayant désormais connaissance du mouvement jurisprudentiel élaboré tant à l'occasion des clauses de non-responsabilité que des clauses limitatives, deux problèmes se posent qui doivent nécessairement recevoir examen.

En premier lieu, il faut pénétrer et apprécier les raisons juridiques pour lesquelles les solutions jurisprudentielles se sont trouvées en l'un et l'autre cas consacrées. Puis, et c'est là un second problème impliqué nécessairement par le précédent, il faut, si la jurisprudence n'apparaît pas satisfaisante, présenter une construction d'ensemble de ces clauses, tant en matière contractuelle que délictuelle — étude qui fera l'objet d'une dernière section.

La première difficulté est extrêmement ardue. Quand on envisage la jurisprudence rendue sur les clauses de non-responsabilité, on n'y voit nulle part indiquée la raison pour laquelle les tribunaux ont limité l'effet de la clause à l'obligation pour le créancier de prouver la faute de son débiteur.

146. — Historiquement et dans l'opinion commune, elle paraît devoir être rattachée à une solution donnée par Troplong pour les clauses de non-responsabilité insérées dans le contrat de transport (1). D'après lui, le voiturier ne soutient pas que la clause l'affranchit de sa responsabilité : « Il consent à répondre de sa faute, mais il dit que c'est à son adversaire de prouver qu'il a été négligent, car il est demandeur à l'action, et pour prouver la nullité du traité ou l'inutilité de la convention il faut qu'il arrive à établir que ce n'est pas la force majeure qui a causé l'avarie. »

Le raisonnement de Troplong se justifie par une présomption de volonté des parties. Les contractants

(146 - 1) Troplong, Tr. Louage, III, § 942, p. 167.

n'ont pas voulu une exonération complète : le débiteur a entendu s'affranchir des causes de responsabilité indépendantes de sa faute ; l'inexécution est réputée due au cas fortuit. Le créancier doit démontrer qu'il est survenu un fait, la faute du débiteur, qui détruit la régularité de cette convention, puisque le cas fortuit est exclusif de toute idée de faute.

La seule description du système de Troplong conduit à lui refuser la qualité de source du revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. Jamais cette juridiction n'y a fait allusion — et le renversement de la preuve ne fut pas consacré tant que Troplong présida la Cour suprême. La jurisprudence actuelle ne s'analyse certainement pas en fait — pas plus qu'elle ne pourrait se justifier en droit — par une convention sur le cas fortuit. Bien plus, et si la solution donnée s'inspire du cumul des responsabilités, on notera que Troplong, dans un passage peu connu mais formel de son traité du louage, est hostile à tout concours des responsabilités contractuelle et délictuelle (2).

En réalité, le renversement de la preuve a découlé naturellement des premiers principes posés par la Cour de cassation et de la solution initiale de la nullité des clauses d'exonération. Très longtemps, en effet, il avait été décidé qu'il était immoral et contraire à l'ordre public de s'affranchir de la responsabilité de ses fautes. Mais une preille décision n'avait aucune valeur, touchant l'obligation pour le débiteur d'indemniser le créancier du dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, car il est impropre en cette

(2) Troplong, Tr. louage, t. II, § 361.

Josserand, Dr. civ., II, n° 564 : « Aucun texte ne se réfère expressément ou tacitement, de loin ou de près, à cette idée de faute dont on a abusé jusqu'à l'obsession. La responsabilité jaillit jusqu'à plus ample informé de la seule inexécution des obligations », p. 530.

matière de parler de présomption de responsabilité. Le droit à indemnité découle du seul fait que le débiteur n'a pu exécuter son obligation : rejeter cette règle n'implique nulle immoralité. Celle-ci n'apparaît que si le débiteur tente de s'affranchir d'une faute commise ; c'est dans l'obligation pour le créancier d'en administrer la preuve que consiste le revirement de jurisprudence de 1870-1874. S'il est immoral de s'affranchir de sa faute, ce ne peut être que d'un acte positif ou d'omission caractérisé imputable au débiteur et prouvé contre lui ; la jurisprudence du revirement de la preuve devait nécessairement se dégager plus ou moins tôt de la formule initiale de la Cour de cassation, sans qu'il soit besoin pour l'expliquer de recourir à la théorie de Troplong. Il s'agit d'un développement normal de la jurisprudence, et la solution nouvelle ne représente pas un « compromis entre les intérêts des créanciers et des débiteurs, dont on ne saurait justifier la base » (3).

147. — L'explication juridique du système de la Cour de cassation fait plus de difficultés, et les théories proposées à cette fin sont assez nombreuses : deux idées permettent de les grouper, selon que l'on considère la preuve de la faute par le créancier comme intervenant en matière contractuelle ou délictuelle.

Trois analyses au moins expliquent la jurisprudence de la Cour de cassation par le seul jeu des règles de la responsabilité contractuelle.

Il en est tout d'abord ainsi de la tentative faite par Troplong pour ramener la clause d'exonération à une convention sur la force majeure. En démontrant la faute du débiteur, le créancier prouvait l'impossibilité

(3) De Harven, *op. cit.* — H. Hugueney, note S. 1915, 1, 113, 3^e col.

d'attribuer le caractère libératoire à la cause de l'inexécution.

L'idée de Troplong ne mérite pas les critiques qui lui ont été adressées. D'une part, elle rend parfaitement compte de la limitation de l'effet de la clause de non-responsabilité au renversement de la charge de la preuve et explique pourquoi l'exonération de la faute légère n'a pu être admise ; toute faute, si légère soit-elle, contredisant la notion de force majeure. D'autre part, elle est loin d'être en pratique si éloignée qu'on le prétend de l'intention des parties. Le débiteur peut ne vouloir s'exonérer que des événements imprévisibles entravant l'exécution du contrat et dont il ne pourrait prouver le caractère libératoire. Par suite de la convention, il se trouve provisoirement dégagé de sa responsabilité : jusqu'à la démonstration d'une faute la clause produit effet. Cependant, il faut bien reconnaître que le plus souvent cette analyse ne saurait satisfaire, car la volonté du débiteur a été de tenter de se dégager de la responsabilité de ses actes, même fautifs.

La même raison conduit à écarter l'analyse qui ramènerait les clauses d'exonération à une convention sur le déplacement de la preuve. Historiquement cette explication pourrait être admissible, car les clauses ont apparu dans les tarifs spéciaux des compagnies de chemins de fer qui contenaient de la part du débiteur la renonciation à certains droits ; il est alors tentant de présenter la clause d'exonération comme une renonciation aux avantages de la preuve en matière contractuelle. Mais cette analyse dénature la réalité des faits : jamais la convention d'exonération des pertes et avaries n'a été ainsi présentée, et l'on doit de plus remarquer, que la Belgique a validé de façon très large les clauses d'exonération, tout en prohibant les conventions directement relatives à la charge de la preuve : c'est

donc qu'il y a entre les deux conventions une différence profonde.

Un dernier système enfin — qui peut rendre compte de certaines situations de fait mais ne peut les expliquer toutes — doit être repoussé : la clause d'exonération substituerait à l'obligation de résultat une obligation de moyen ; le transporteur ne s'engagerait pas à procurer un résultat mais seulement à effectuer avec soin son obligation. La preuve de la faute serait nécessaire pour démontrer l'inexécution du contrat (1). L'idée n'est point inexacte, mais très fréquemment le débiteur entend bien promettre un résultat, mais s'affranchit de sa responsabilité, fût-elle fautive : et c'est bien sur ce terrain que se place la Cour de cassation en déclarant qu'il est immoral et contraire à l'ordre public de stipuler l'immunité de ses fautes. Seule cette proposition constante doit être retenue : c'est elle qui a aiguillé la doctrine vers la reconnaissance du caractère délictuel à la preuve de la faute du débiteur.

Des nuances séparent encore les auteurs en ce domaine. M. Mazeaud, dans une étude récente, a présenté ce trait comme une conséquence de la nullité du contrat. La clause d'exonération serait frappée de nullité : le contrat tout entier en serait vicié ; d'où la na-

(147-1) Aubin, *op. cit.*, p. 109. « A notre avis, il est très possible que les tribunaux aient considéré que les parties n'ont pas entendu faire une véritable clause d'irresponsabilité des fautes. Le raisonnement pourrait être ainsi présenté. Le voiturier s'engage normalement à remettre en bon état au destinataire la chose transportée. Lorsqu'il stipule qu'il ne répondra pas des déchets et avaries, cela veut dire qu'il ne s'engage pas à la remettre en bon état, mais seulement à effectuer le transport avec soin. »

Il est possible de rapprocher de l'idée précédente celle de Robin (Th. Paris, 1887 (25), 183 et s.), d'après qui, la clause de non-responsabilité supprimerait l'obligation de réparation pour inexécution du fait et y substituerait la responsabilité pour faute.

ture délictuelle de la responsabilité. Cette analyse ne concorde malheureusement pas avec le système de la Cour de cassation, qui n'a jamais annulé les clauses d'exonération depuis 1874 et attribue au contraire à leur validité l'effet du renversement de la charge de la preuve. Si l'on ajoute encore que la nullité de la clause d'exonération ne retentit pas en principe sur le contrat tout entier (2), on se trouve ainsi réduit à une explication classique : les parties peuvent affranchir le débiteur de sa responsabilité contractuelle ; elles se trouvent ainsi placées sous l'application des règles régissant les rapports des tiers ; le débiteur exonéré de sa responsabilité contractuelle est néanmoins tenu de ses fautes délictuelles (3). Le créancier peut encore agir par la voie de l'art. 1382, et comme il est obligé en cette matière d'administrer la preuve de la faute du débiteur, on explique parfaitement ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation sur le renversement du fardeau de la preuve.

L'importance de cette théorie, généralement proposée par la doctrine (4) pour justifier la jurisprudence de la Cour suprême, impose de l'analyser avec le plus grand soin dans les deux propositions qu'elle contient.

148. — Elle repose en effet sur cette première idée, qu'étant donné les différences existant entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, il est possible, à l'occasion d'un contrat, de déceler à la charge du dé-

(2) *Infra*, n° 179.

(3) La situation ressemblerait assez à celle de l'ascendant donateur qui, renonçant à son retour conventionnel, retrouve intact son droit de retour légal.

(4) Sainetelette (*Responsabilité et garantie*), semble en avoir été l'inventeur. — Thaller, *Ann. dr. com.*, I, p. 189 et ss., 256 et ss. — G. Ripert, *Dr. mar.*, II, n°s 1772 et 1774, 3^e éd., p. 723 à 727, note D. P. 1926, 1, 5. — E.-H. Perrean, note S. 1901, 1, 401.

biteur l'une ou l'autre responsabilité ; elle implique par cela même l'admission de la théorie du cumul des deux responsabilités. Mais elle va plus loin encore et, insistant sur leur réglementation différente, reconnaissant entre elles une différence de nature, elle imprime à la responsabilité délictuelle un caractère d'ordre public qui empêche le débiteur de s'en exonérer en même temps qu'il s'affranchit de sa responsabilité contractuelle.

Ces deux idées doivent être successivement étudiées. Pour que l'explication de la jurisprudence par la théorie proposée soit admise il faut en effet que les deux propositions du cumul des responsabilités et du caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle soient l'une et l'autre reconnues fondées. À supposer qu'elles le soient (et l'on verra sans tarder les objections qu'elles soulèvent) il faut encore justifier que la jurisprudence sur les clauses d'exonération relève effectivement de cette explication. Il ne suffit pas d'en faire l'analyse interne, mais encore de l'examiner dans sa concordance avec les faits (1).

149. — Par la théorie du cumul des deux responsabilités, on entend la possibilité pour un créancier, au cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, de se placer à son gré sur le terrain contractuel ou sur le terrain délictuel pour obtenir la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat (1). « Pourquoi », dit-on,

(148-1) V. diverses critiques de la théorie de la sous-jacence de la responsabilité délictuelle dans Demogue, *Oblig.*, V, 1199. — Cahen Fuzier, *op. cit.*, p. 106.

(149-1) Ce problème continue seul, à proprement parler, celui du cumul des deux responsabilités. M. Mazeaud, dans son étude sur la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, a parfaitement distingué le cas où il y a cumul, parce que la responsabilité contractuelle peut être mise en jeu à la suite de l'inexécution d'un

« ne soumettrait-on pas le débiteur aux règles de conduite qui gouvernent tous les hommes, et dont l'art. 1382 C. civ. établit la sanction juridique? Il est légalement tenu de ne causer aucun dommage à autrui. Si par sa faute il cause un préjudice à son créancier, il doit être responsable du préjudice causé. Sans doute, c'est le contrat qui fait naître l'occasion du dommage, mais il ne faudrait pas en conclure que les clauses du contrat prévoient et réglementent à l'avance toutes les conséquences juridiques des situations que le contrat va créer » (2). La responsabilité délictuelle serait préexistante à toute réglementation contractuelle. Celle-ci se superposerait seulement à la première, à la manière d'un sédiment. L'effet de la clause de non-responsabilité serait de faire réapparaître la matière originale, la responsabilité délictuelle.

Pour que cette théorie se puisse concevoir, il faut qu'au préalable ait été admise la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle. Or, au début du XIX^e siècle, un mouvement doctrinal puissant a tenté de les ramener à l'unité (3). La faute était présentée comme constituant dans l'un et l'autre cas un manquement à une obligation préexistante. Les différences techniques qui pendant un siècle avaient été relevées entre

contrat, et les cas où le contrat étant exécuté, le débiteur tente de poursuivre, par l'action délictuelle, l'obtention de dommages-intérêts, auxquels le contrat ne lui donne pas droit.

La difficulté examinée est également distincte de celle qui consiste à savoir si le créancier, au cas de cumul, peut choisir à son gré les règles les plus favorables des deux actions qu'il possède (V. Et. Bartin, § 446, note 7, sous Aubry et Rau, t. VI).

(2) G. Ripert, *Dr. mar.*, II, n° 1773, p. 724-725.

(3) Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité* : Th. Rennes, 1892. — Lefebvre, *Responsabilité délictuelle et contractuelle* : *Rev. crit.* 1886, p. 485 et ss. — Planiol et Ripert, *Tr. élém.*, t. II, n° 873 et suivants.

les deux responsabilités étaient critiquées. Une analyse différente était présentée de la prétendue présomption de faute en matière contractuelle (4), ou de la différence dans la gravité des fautes engageant dans l'un ou l'autre cas la responsabilité ; on appliquait les mêmes règles à l'une et l'autre situation quant à la demeure, au mode de réparation, à la solidarité.

Malgré l'exactitude de certaines de ces observations, et après un moment d'hésitation, la doctrine n'a pas cessé de maintenir l'existence de différences entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, étant donné les différences qui les séparent d'un point de vue pratique (5). Les incapables s'engagent par leurs délits, non par leurs contrats ; la prescription de l'action contractuelle n'est pas liée à la durée de prescription de l'action délictuelle ; certains tribunaux n'ont compétence pour juger d'une affaire que s'il s'agit d'une manière contractuelle, d'autres s'il s'agit d'une matière délictuelle (6). Relativement à la solidarité, la jurisprudence semble bien condamner la thèse de l'unité de responsabilité (7). D'autre part encore, la différence existant

(4) Sur ce point, la critique a été couronnée de succès (V. Et. Bartin, sous Aubry et Rau, t. VI, § 445, note 9 *undecies*, p. 352).

(5) V. Et. Bartin, note précitée. — L. Josserand, note D. P. 1927, 1, 105, 2^e col. — Planiol, Ripert, Esmein, n^{os} 490-492. — Colin et Capitant, t. II, 4^e éd., p. 379.

(6) V. sur ces trois points Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., t. VI, n^o 490, p. 678.

(7) Civ., 6 avril 1927 : S. 1927, 1, 201, note de M. H. Mazeaud. — Il semble par contre plus douteux, que l'on doive relever la différence existant entre les deux responsabilités du point de vue de la réparation, à laquelle M. Bartin attache grande importance.

D'après les termes de l'article 1150, en matière contractuelle le débiteur est tenu des dommages-intérêts directs et prévisibles. En matière délictuelle, des dommages même indirects et imprévisibles. La première distinction a été critiquée, car l'idée de préjudice direct touche en réalité le lien de causalité. Tant qu'il peut être relevé la

quant au degré des fautes a été injustement critiquée. La théorie de la gradation des fautes, a-t-on soutenu, ne correspond qu'à la détermination du contenu de l'obligation, et non à la gravité des fautes (8). Selon que l'obligation est plus ou moins étendue, certains faits sont ou non retenus. Mais s'ils le sont, peu importe leur gravité. Le manquement à l'obligation, la faute ont été réalisés.

Ce raisonnement contient une part certaine de vérité et il est exact que le texte de l'art. 1137 C. civ. vise bien principalement l'étendue des obligations du débiteur. Mais indirectement il rétablit le principe de la gradation des fautes. Car plus le contenu de l'obligation est vaste et plus on relève comme manquements à l'obligation des faits constitutifs de négligence ou d'imprudence et qui étaient antérieurement licites. A un minimum d'obligations correspond un minimum de diligence ; le débiteur n'est tenu que des fautes d'une certaine gravité. Des obligations très strictes obligent au contraire à engager la responsabilité du débiteur dès qu'une faute même légère a été commise par lui. Le fait de ne pas assurer un bien tend à être considéré dans l'économie moderne comme un acte d'imprévoyance constitutif de faute. Mais selon les contrats qui met-

réparation est due ; quand il ne l'est plus tous dommages-intérêts disparaissent, même en matière délictuelle (V. G. Ripert, note D. P. 1928, 2, 41).

D'autre part, la jurisprudence étend considérablement en matière contractuelle l'idée de dommage prévisible (V. notamment pour la responsabilité des compagnies de chemins de fer, Civ., 14 mars 1892 : D. 92, 1, 343. — Seine, 17 novembre 1923 : D. H. 1924, 57 - Rev. Trim. 1924, 133. — Cass., 11 juin 1928 : G. Pal. 1928, 2, 327. — Civ., 29 décembre 1913 : G. Pal. 1914, 1, 177 - Rev. Trim. 1914, 408. — *Id.*, 23 décembre 1913 : G. Pal. 1914, 1, 178).

(8) V. Planiol et Ripert, *Tr. élém.*, II, n° 876 ; *Tr. prat.*, VI, n° 489, p. 674.

tent à la disposition du débiteur la chose du créancier, cette faute est ou non relevée. La gradation des fautes est donc certaine en matière contractuelle. De ce point de vue on devrait maintenir l'opposition entre ce régime et celui de l'art. 1382, dans lequel, selon la formule traditionnelle, « *et levissima culpa venit* ». Cette conséquence semble pourtant discutable parce que les parties pouvant, même en matière délictuelle, modifier la réglementation préexistante de leurs obligations, il peut également se trouver en ce domaine une gradation des fautes parallèle à celle que l'on rencontre pour la responsabilité contractuelle.

Même en écartant, comme au moins douteuse, cette différence, il subsiste assez de dissemblances, entre les responsabilités contractuelle et délictuelle pour que puisse se poser le problème du cumul des deux responsabilités. La remarque est encore plus vraie si, au lieu de considérer la responsabilité personnelle du débiteur, on envisage la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, dont le régime, ainsi qu'il a été déjà noté, est profondément différent de celui de l'art. 1384 C. civ. (9), — ou si on examine le problème, non plus sous l'angle du droit interne, mais du droit international privé et du conflit des lois, ainsi que l'a montré M. Et. Bartin (10).

Du moment que des intérêts pratiques considérables s'attachent à cette distinction (et il faut qu'ils existent, puisque la jurisprudence rattache certaines obligations

(9) Civ., 21 novembre 1911 : S. 1912, 1, 73. — Civ., 27 janvier 1913 : D. P. 1913, 1, 249, montrant l'intérêt du problème quant à la compétence et à la prescription, et *supra*, n° 128.

(10) Et. Bartin, notes sous Aubry et Rau, 5^e éd. : note II sous le § 443, t. VI, et note 67 sous le § 431.

à une origine contractuelle afin de faciliter l'action du créancier) (1), il faut bien reconnaître qu'en fait — et quelle que soit l'analyse philosophique de la faute — les deux types de responsabilité divergent profondément.

Mais, en admettant ainsi la distinction des deux responsabilités, ne doit-on pas conclure que chacune d'elles a son domaine propre et qu'elles ne peuvent jamais coexister? On trouve en doctrine deux théories opposées : l'une admettant sans restriction le cumul, l'autre l'écartant en termes aussi absolus.

Dans la première conception, la loi étant antérieure à tous les contrats, la responsabilité conventionnelle vient s'ajouter à la responsabilité établie par la loi, mais ne peut ni l'éliminer ni se substituer à elle (12). Dans la seconde opinion, les deux responsabilités ont deux domaines différents. La responsabilité contractuelle est exclusive de la responsabilité délictuelle : celle-ci n'existe que pour les tiers (13). Cette dernière

(11) V. *supra*, note 9. Il en résulte que si une personne fonde sa demande sur un texte contractuel (art. 1733 C. civ.), les juges ne peuvent déclarer la responsabilité sur le fondement délictuel (Paris, 20 avril 1921 : G. Trib. 1921, 2, 622).

(12) Planiol, note D. P. 1907, 2, 97. Admettent le cumul des responsabilités : Sainctelette, Responsabilité et garantie. — Thaller, Ann. dr. com. 1886, 87, I, p. 188, 225. — Et. Bartin, sous Aubry et Rau, § 445, 9 *undecies*, § 446, 5^e éd., § 446, p. 371, note 7. — G. Ripert, Dr. mar., II, n^{os} 1772 à 1774, et note D. P. 1926, 1, 5 - D. P. 1929, 1, 129 (cette dernière note étant moins relative au cumul qu'à la délimitation des deux responsabilités). — J. Bonnet, sup. Baudry-Lacantinerie, t. II, n. 452 et s., p. 559 et s. — Van Ryn, note Rev. gén. ass. et resp. 1930, 590.

(13) L. Jossierand, Transp., n^o 628 - Dr. civ., II, n^{os} 478 et s. - Note D. P. 1927, 1, 105. — Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., t. VI, n^o 493, p. 683. — Demogue, Oblig., t. V, n^{os} 1230 et s. - Rev. trim. 1923, 645 et s. ; 1922, 625. — Laurent, t. XX, n^{os} 463 et 507 ; t. XXVI, n^o 26. — Labbé, note S. 1876, 1, 337 ; 1885, 4, 25. — Sa-
lles, Théorie générale, n^o 332.

Becqué, Responsabilité du fait d'autrui : Rev. Trim. 1914, p. 318.

solution doit être adoptée en principe sous réserve de quelques nuances. La thèse du cumul des responsabilités se heurte en effet à de graves critiques.

150. — D'une part, il n'est pas tout à fait exact de dire que la responsabilité délictuelle est antérieure au contrat. On ne peut soutenir qu'il existe une responsabilité délictuelle au sens où l'on entend la responsabilité contractuelle. L'obligation dont la violation donne ouverture à l'action de l'art. 1382 est assez indécise et l'on s'est vainement épuisé à tenter de la préciser. En général, le créancier de l'obligation délictuelle (si l'on peut dire) n'est pas déterminé : le seul fait du dommage entraîne son droit à réparation. Jusqu'à ce moment il n'existe pas de vrai principe d'obligation comme en matière contractuelle. Un peu comme pour l'obligation naturelle, c'est l'apparition d'un fait à la vie juridique qui lui donne une existence, un caractère, une sanction (1).

— Ferron, note S. 1911, 2, 233. — Bonnet, Rev. crit. 1912, 418. — Perroud, note S. 1911, 1, 105 ; 1913, 2, 209. — Mazeaud, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : Rev. Trim. 1929, 551 et s. — Lalou, Responsabilité civile, n^{os} 24 et s., 259 et s. — Chéron, note D. P. 1912, 2, 49. — Hugueney, note S. 1915, 1, 113 et partie. p. 115. — Carnelutti, Sulla distinzione : Riv. dir. com. 1912, II, 743. — Chironi, Colpa extracontrattuale, I, n^o 17. — Cpr. Gény, note S. 1928, 1, 353, § 2.

Boissière, Responsabilité du fait des choses : Th. Paris, 1911 (21), p. 190 et s. — Brun, Nature et rapports des responsabilités contractuelle et délictuelle : Th. Lyon, 1930. — Meigné, Responsabilité et contrat : Th. Lille, 1924. — Agatstein, Le dol des incapables : Th. Paris, 1927, p. 110 et s.

(150 - 1) V. H. Capitant, *Introd. à l'étude du droit civil* : « L'erreur consiste à croire que le devoir de respecter la vie ou les biens de nos semblables constitue une véritable obligation juridique. En réalité, le délit n'est pas, comme on le dit, la violation d'une obligation préexistante ; bien au contraire, il est la source d'une obligation à laquelle il donne naissance, c'est l'acte délictueux qui crée une véritable obligation. »

L'art. 1382 présente ainsi un caractère subsidiaire : « il n'a été institué qu'en prévision de l'absence d'arrangements pris par les intéressés ; il est un système à l'usage des tiers, non des contractants : libre à ceux-ci de lui substituer un régime à leur convenance et fait sur mesure » (2). Le débiteur a tenu compte en effet, en acceptant la charge des obligations conventionnelles, des dispositions favorables que la loi édicte relativement aux contrats : absence de solidarité, à moins qu'elle ne soit expressément stipulée, limitation de la réparation au préjudice direct ou prévisible, par exemple. Cette protection ne peut être déjouée par le recours à l'art. 1382 C. civ.

D'autant que l'admission dans les matières contractuelles de la responsabilité délictuelle produit un effet curieux. Presque tous les contrats imposent au débiteur des obligations de faire ; les fautes qu'on lui peut imputer sont donc des fautes d'omission ; or, la faute d'omission est un fait exceptionnel en matière délictuelle. Le contrat va donc avoir pour conséquence de faire tenir le débiteur sur le terrain délictuel de faits dont il n'eût pas été responsable normalement. Le contrat donnerait lieu à une extension de la responsabilité délictuelle : s'il est d'ordre public de ne pas la restreindre, ne l'est-il pas autant de ne pouvoir en élargir conventionnellement le domaine ? (3).

(2) L. Jossierand, D. P. 1927, 1, 107. — V. encore L. Jossierand, Dr. civ., II, n° 482 : « Un contractant n'est pas un tiers plus un contractant. On n'additionne pas des qualités contraires. La responsabilité contractuelle chasse de plein droit la responsabilité délictuelle. »

(3) Le bouleversement des prévisions contractuelles dû au cumul des responsabilités fait écrire à M. Brun que « le cumul, véritable facteur d'anarchie juridique, est à rejeter sans aucune réserve » (*op. cit.*, n° 380).

Ainsi, par sa nature même, parce qu'elle joue le rôle d'institution de police privée entre individus qui n'ont pas été à même de régler entre eux les conséquences d'un acte dommageable, la responsabilité délictuelle est exclue du domaine contractuel, où, pour la sanction des obligations proprement dites, la responsabilité contractuelle reçoit une compétence de principe exclusive. Les obligations créées par les parties sont d'une nature autre que les obligations délictuelles : leur inexécution ne présente pas le caractère illicite d'empiètement sur les droits et l'activité d'autrui qui caractérise la responsabilité délictuelle. « Je ne puis admettre », écrit M. Esmein, « que lorsqu'il s'agit de l'inexécution de ce qui constitue l'objet propre du contrat et généralement de toute prestation implicitement ou expressément stipulée par les parties, ce soit la responsabilité délictuelle qui soit en jeu. Lorsque j'ai promis de conserver une chose en dépôt ou de la transporter à une certaine destination et qu'elle disparaît ou est détériorée, la responsabilité est à mes yeux contractuelle, même en présence d'une faute prouvée du débiteur, et nul ne le contestera quand il s'agira de dire quel est le tribunal compétent ni quand on demandera quelle prescription est applicable. Pour échapper à la compétence et à la prescription de l'action contractuelle, on n'aura d'autre ressource que de chercher à établir que le fait dommageable est en dehors du champ du contrat » (4).

Ces derniers mots sont précieux, car ils contiennent le correctif nécessaire de la théorie du non-cumul des deux responsabilités. Quand on réserve à la responsabilité contractuelle de régler les conséquences de l'inexécution des obligations conventionnelles, on n'en-

(4) P. Esmein, article précité. *Rev. Trim.* 1926, p. 317. — V. Planiol, Ripert, Esmein, *Tr. prat.*, t. VI, n° 400, p. 562.

tend nullement exclure toute admission de la responsabilité délictuelle entre contractants. Cette réserve est indispensable ; faute de la faire, la théorie du non-cumul est radicalement viciée.

Ainsi, pour tout ce qui précède la formation du lien contractuel (5), pour tout ce qui suit son dénouement (6), pour tout ce qui est en dehors des obligations conventionnelles (7), les contractants sont bien des tiers l'un à l'égard de l'autre. Il convient donc, quand le problème du cumul des responsabilités se pose, de rechercher s'il y a bien contrat (8) et s'il s'agit bien d'inexécution des obligations assumées par le contrat. Rien, dans les autres cas, n'empêche d'admettre l'application de la responsabilité délictuelle. Mais, pour les clauses de non-responsabilité, où il y a inexécution des obligations contractuelles, il est impossible de parler de cumul des deux responsabilités.

(5) Pour la responsabilité pendant la période précontractuelle, V. H. Mazeaud, *op. cit.*, n^{os} 21 à 26. — L. Josserand, *Dr. civ.*, t. II. — Brun, *op. cit.*, n^o 381. — Il est évident, qu'à l'égard des tiers, les fautes délictuelles gardent ce caractère quand elles le perdent à l'égard d'un cocontractant (P. Demogue, *Oblig.*, III, n^o 241, p. 404. — Req., 27 juin 1907 : D. 1910, 1, 430).

(6) Pour la responsabilité au cas de contrat nul, V. H. Mazeaud, *op. cit.*, n^{os} 28 à 39. — Civ. Beauvais, 23 février 1922 : G. Pal. 1922, 2, 86.

(7) V. *supra*, pour l'application des articles 1384, 1385 entre contractants, les pages très intéressantes de M. Boissière, *op. cit.*, p. 192 et s., et Saleilles, *Théor. générale*, n^o 8. — Cette proposition, qui ne fait aucun doute quand le contrat ne porte pas sur la chose dommageable, s'étend même à ce cas (V. M. Planiol, note D. P. 1907, 2, 97. — Boissière, *op. cit.*, p. 195. — Aubry et Rau, § 448, note 14). Tout dépend en ce cas de savoir si les parties ont formé entre elles une convention, et si son contenu comprend l'obligation dont la lésion donne lieu à la production du dommage.

(8) On notera ici que des stipulations pour autrui peuvent former de délictuelle en contractuelle la responsabilité d'un individu (V. P. Esmein, notes S. 1929, 1, 249 - D. 1926, 1, 249).

151. — Si de ces considérations de pure doctrine on passe à l'examen de la jurisprudence, on constate une opposition au premier abord saisissante entre la France et la Belgique.

On présente généralement la jurisprudence belge comme admettant la thèse du cumul des responsabilités et faisant de l'art. 1382 C. civ. un texte de portée générale dont l'application en matière contractuelle ne souffre pas de difficultés (1). Un arrêt du 13 février 1930 ne le décide-t-il pas en termes formels et n'est-il pas d'autant plus significatif qu'il se livre à une déclaration de principe, alors qu'il lui était inutile de prendre au fond parti sur la question, étant donné l'espèce dont avait connu l'arrêt attaqué? (2). « Attendu », déclare la Cour de cassation, « qu'en prescrivant la réparation par chacun de tout dommage causé à la personne d'autrui ou à ses biens, l'art. 1382 C. civ. a édicté une règle dont l'observation s'impose en principe à tous et en toute circonstance ;

» Attendu que la règle ne cesse pas de trouver son application dès qu'un contrat a été l'occasion du dommage ; attendu que le fait de s'engager dans un contrat à veiller tout spécialement aux biens ou à la personne d'un contractant n'enlève pas par lui-même à ce dernier l'action délictuelle pour lui réserver seulement en cas de dommage l'action née du contrat ;

» Attendu que la coexistence de deux actions nées de rapports de droit différents se conçoit quand ces actions tendent à la même fin ; qu'un contractant peut recourir à l'action délictuelle quand il poursuit la ré-

(151-1) V. la note de M. J. Van Ryn : *Rev. gén. ass. resp.* 1930, 590.

(2) *Cass. b.*, 13 février 1930, *Etat belge c. Botte* : *Pas.* 1930, 1, 115 - *Belg. Jud.* 1930, 164 - *Rev. gén. ass. et resp.* 1930, 590 et la note de M. Van Ryn.

paration du dommage causé à son bien, comme il peut recourir à l'action revendicatoire quand il en réclame la restitution à celui qui le détient en vertu du contrat;

» Attendu qu'il n'y a pas lieu de croire que le législateur du Code civil ait voulu s'écarter de ces principes admis déjà en droit romain... » Par ces motifs, la Cour de cassation de Belgique semble bien consacrer le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

Quelque absolus que soient les termes de cet arrêt, il convient néanmoins de les interpréter avec prudence, car ils n'ont peut-être point la portée qu'on leur assigne. Le premier arrêt rendu par la Cour de cassation de Belgique sur les rapports de responsabilité contractuelle et délictuelle le fut le 28 mars 1889 (3), pour déterminer si l'ouvrier blessé au cours de son travail pouvait agir (à défaut de garantie contractuelle) par la voie de l'action délictuelle, malgré l'existence du contrat de travail. La Cour décide « que quand une personne assume conventionnellement l'obligation de prêter certains soins auxquels sans cette convention elle n'aurait pas été tenue, et qu'elle les néglige ou les omet, elle peut, si le cas y échet, être poursuivie soit par l'action dérivant du contrat, soit par l'aquilienne (D. fr., 50, § 3, *ad legem Aquiliam*) ; que cette décision des jurisconsultes romains a conservé toute son autorité en droit moderne, que tous les faits culpeux peuvent servir, sans distinction, de base à l'action aquilienne ».

Mais ce que la Cour de cassation règle par cette proposition n'est pas un cas de cumul des responsabilités, car l'action contractuelle n'était pas ouverte, faute d'obligation contractuelle de sécurité à la charge du

(3) Cass. b., 28 mars 1889, De Sitter : Pas. 1889, 1, 161 - Belg. Jud. 1884, 934, avec les conclusions avoc. gén. Bosch - refonte Sirey 1889, 91, note Labbé, sur Bruxelles, 1^{re} juin 1887 - Pas. 1887, 2, 330.

patron : rien ne s'opposait donc à ce que l'action de l'art. 1382 puisse être exercée ; cette décision ne peut qu'être approuvée ; pour tout ce qui ne touche pas l'exécution des obligations contractuelles, rien n'empêche que les contractants soient traités comme des tiers ; la responsabilité délictuelle peut en effet, dans cette mesure, exister entre contractants. La condamnation de la Cour de cassation belge ne s'adresse donc qu'à une conception trop absolue de la séparation des deux responsabilités. Un autre arrêt du 16 octobre 1902 est également étranger au problème du cumul : il admet également l'application de l'art. 1385 C. civ. au profit de l'employé dans le contrat de louage de services (4).

Les arrêts vraiment caractéristiques de la Cour de cassation belge contenant des décisions de principe sont donc étrangers au problème du cumul. Trois autres arrêts, que l'on pourrait encore relever, ne contiennent aucune règle de principe, ne résolvent que des difficultés de détail et peuvent se justifier par d'autres argumentations (5). Il n'existe pas d'arrêts qui aient appliqué formellement le cumul et tiré de ce principe les conséquences qu'il comporte. Tout au contraire, et dans des cas où le cumul eût pu se concevoir, des décisions, émanant il est vrai de juridictions inférieures,

(4) Cass. b., 16 octobre 1902, Michel : Pas. 1903, 1, 350 - S. 1906, 4, 25, note de M. A. Wahl.

(5) Un arrêt du 16 janvier 1908 (Vertommen : Pas. 1908, 1, 86) n'en présente qu'une solution implicite. Il déclare seulement, et sa solution est juste, que la faute de la victime exonère le débiteur, « soit que l'on se place sur le terrain des obligations contractuelles, soit que l'on envisage la faute aquilienne ».

Deux autres arrêts (5 octobre 1893, ministère des Chemins de fer c. Culquin : Pas. 1894, 1, 321. — Ministère des chemins de fer c. Caudron : Pas. 1894, 1, 328) déclarent qu'il est impossible au cas d'accident dû à la faute d'un employé de chemin de fer, de négliger le caractère délictueux de l'action (et la prescription de l'action civile) pour user uniquement de l'action contractuelle non prescrite.

l'ont formellement repoussé. Un jugement d'Anvers est formel pour le refus d'intenter l'action délictuelle lorsque l'action contractuelle est éteinte ; ses motifs, qui examinent le problème du cumul, le condamnent en termes excellents (6). Mais un autre jugement du même tribunal présente un intérêt plus vif encore, parce que des chargeurs, se voyant opposer une clause d'irresponsabilité et sentant qu'ils seraient déboutés en agissant par l'action contractuelle, poursuivaient le capitaine par l'action de l'art. 1382 C. civ. (7). Le jugement les débouta sans hésitation en une série de propositions rigoureuses, qui méritent d'autant plus d'être citées que la théorie des demandeurs était exactement celle que l'on a proposée pour expliquer le renversement de la preuve consacré par la Cour de cassation de France : « Attendu que le seul moyen invoqué par les demandeurs en vue d'établir que leur action serait recevable est que leur réclamation serait basée, non sur une faute contractuelle, mais sur une faute aquilienne ; que, si pareil système était admis, il n'y aurait plus lieu de rédiger des connaissements, ni de convenir d'une exonération quelconque, puisque, en dehors de tout contrat, de toute convention de transport, de l'acceptation de toute obligation, une action en responsabilité du chef des fautes (dont l'existence ne se conçoit pas, abstraction faite d'un lien de droit, d'une obligation contractuelle) pourrait être intentée en prenant pour base l'art. 1382 C. civ. ; que ce système repose sur une confusion évidente, car il ne peut y avoir faute aquilienne que quand il n'y a pas contrat et quand le fait incriminé enfreint une règle de droit, une loi, un principe

(6) Com. Anvers, 30 octobre 1897, Aulit : P. P. 1899, n° 568, p. 369.

(7) Com. Anvers, 21 mai 1898, Schlegel : P. P. 1899, n° 657, p. 424.

d'équité, de droit naturel ou d'humanité reconnu universellement, tel, par exemple, le cas d'une réclamation de dommages-intérêts à l'auteur d'un homicide par imprudence : en dehors de tout contrat, les ayants droit de la victime peuvent réclamer des dommages-intérêts parce que, en dehors et avant tout contrat, tout le monde doit respecter la vie de ses semblables et agir avec prudence, en vue d'accomplir ce devoir ;

« Mais attendu qu'il n'en est pas ainsi quand la faute prétendue n'enfreint qu'une obligation civile créée par la convention : alors il n'y a pas de faute aquilienne, mais faute contractuelle soumise à toutes les règles du contrat lui-même ; que, dans l'espèce, les transporteurs n'avaient d'obligation vis-à-vis de la marchandise que parce qu'il y avait une convention, parce que des connaissements avaient été souscrits, conséquemment que leurs obligations sont réglées et limitées par les conventions. »

En France, et même en écartant les espèces dans lesquelles il n'y avait pas à proprement parler cumul des responsabilités (8), la jurisprudence de la Cour de cassation se refuse à admettre le droit pour le créancier d'agir par l'action de l'art. 1382 afin d'obtenir une réparation plus complète : elle déclare que c'est seulement en matière délictuelle que toute faute quelconque engage la responsabilité de son auteur et que les articles 1382 et ss. C. civ. sont sans application en matière de contrat (9). Un seul arrêt de la chambre des requêtes

(8) Req., 23 novembre 1885 : D. 86, 1, 11. — Req., 21 janvier 1890 : D. P. 1891, 1, 380 - S. 90, 1, 408.

(9) Civ., 6 avril 1927 : D. P. 1927, 1, 111 - S. 1927, 1, 207, note de M. H. Mazeaud. — Civ., 11 janvier 1922 : D. P. 1922, 1, 16 - S. 1924, 1, 105, note de M. R. Demogue - Rev. Trim. 1922, 625. — Cass., 14-15 janvier 1918 : S. 1920, 1, 75, cassant Bordeaux, 8 juillet 1909 : S. 1911, 2, 233, note de M. Ferron. — Req., 21 juillet 1919 :

unanimentement critiqué pourrait être cité en sens contraire (10), mais la chambre civile est restée très ferme sur la distinction des deux responsabilités. Par deux arrêts récents la juridiction suprême a d'ailleurs indiqué la règle qui domine cette matière.

Elle a tout d'abord précisé à l'occasion de la responsabilité du transporteur bénévole que l'article 1384 C. civ. est inapplicable entre individus liés par un contrat de transport et pour l'inexécution des obligations qui en découlent (11). Cette décision doit être généralisée, et appliquée de même, à tous les textes qui régissent la responsabilité délictuelle. Par son arrêt du 27 février

D. P. 1920, 1, 30. — *Adde* : Civ. Seine-Inférieure, 27 juin 1928 : D. H. 1928, 570.

Cpr. en faveur du cumul : Alger, 9 janvier 1924 : G. Pal. 1924, 1, 587 - Dor. Sup. 2, 53 - Rev. Trim. 1924, 380. — *Id.*, 20 février 1924 : Dor. Sup. 2, 258.

Civ. Seine, 27 mars 1924 : G. Pal., 6 mai 1924 - Rec. 1924, 1, 686 - Rec. Ass. 1924, 165. — Paris, 10 novembre 1928 : G. Pal. 1929, 1, 49 : le voyageur montant dans un tram est protégé par l'article 1384, bien que le contrat de transport se soit déjà formé (Nice, 9 janvier 1922 : G. Pal. 1922, 1, 184). D'ailleurs, fréquemment le recours à la responsabilité délictuelle est inutile, la responsabilité étant engagée du point de vue contractuel.

Un arrêt tout récent de la Ch. civile (27 janvier 1930, Belleville : Gaz. Pal. 1930, 1, 533) semble pourtant admettre le cumul des responsabilités. L'évolution de la jurisprudence serait ainsi curieuse : après avoir penché vers le cumul vers 1870-1875, puis après s'être reprise, la jurisprudence y reviendrait à nouveau (V. Brun, *op. cit.*, n° 247).

(10) Req., 14 décembre 1926 : D. P. 1927, 1, 105, note de M. L. Josserand - S. 1927, 1, 105, note de M. Esmein - G. Pal. 1927, 1, 312 - G. Trib., 26 janvier 1927.

(11) Civ., 27 mars 1928 : D. P. 1928, 1, 145, note de M. G. Ripert - S. 1928, 1, 353, note de M. Génv, et Cass., 7 janvier 1929. — Ne peuvent agir par l'action de l'article 1384 « les contractants qui trouvent leur protection dans les obligations imposées au transporteur par les stipulations expresses ou implicites du contrat ».

1929 (12), la Cour de cassation l'a d'ailleurs décidé en déclarant que l'application des règles de la responsabilité délictuelle est possible « dans la mesure où le contrat ne règle pas la question de responsabilité », Proposition qu'il ne faudrait pas entendre dans le sens que les parties vont pouvoir librement régler la responsabilité du débiteur (13), mais qui signifie que si elles l'ont valablement fait, la responsabilité délictuelle se trouve exclue par la présence de l'accord de volonté. Si la responsabilité délictuelle n'est pas absolument rejetée du domaine contractuel (il en sera ainsi quand la responsabilité contractuelle n'est pas reconnue, comme dans le louage de services, où les articles 1384, 1385 C. civ. peuvent être appliqués pour la protection des préposés blessés au cours de leur travail), du moins, pour les clauses de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité — et à supposer que la convention soit en elle-même valable — la responsabilité délictuelle est définitivement écartée.

L'explication de la jurisprudence de la Cour de cassation par le cumul des responsabilités doit donc être rejetée dès ce premier examen. Refuserait-on même d'adopter la théorie du non-cumul, on devrait reconnaître l'étrangeté de justifier les arrêts rendus sur les clauses de non-responsabilité, par une idée vue avec défaveur et condamnée par l'autorité même dont on veut expliquer la pensée.

152. — Ainsi faut-il repousser l'application du système du cumul des responsabilités sans s'arrêter à une

(12) Civ., 27 février 1929 : D. P. 1929, 1, 129, note de M. G. Ripert - S. 1929, 1, 297, note de M. Hugueney. — Rapprochez les formules données déjà avant la lettre par M. G. Ripert, note *Rev. crit.* 1910, 140, et par Labbé, S. 1885, 4, 25.

(13) G. Ripert, note D. P. 1929, 1, 129, 3^e col., 2^e.

solution intermédiaire à laquelle on pourrait penser, mais qui ne semble pourtant pas devoir être retenue.

Il pourrait paraître séduisant, en effet, de concilier en une certaine manière les thèses du cumul et de la distinction des deux responsabilités. On pourrait admettre que la responsabilité contractuelle est bien seule compétente pour la sanction des obligations spécifiquement contractuelles, tandis que la responsabilité délictuelle conserverait son empire chaque fois qu'elle eût pu être théoriquement reconnue en l'absence de contrat. Comme il ne peut en être ainsi qu'à l'égard de l'obligation de respecter la vie, la santé, l'honneur, le patrimoine d'autrui, on arriverait à distinguer ainsi entre les contrats qui portant sur la personne ou le bien d'autrui et ceux qui n'impliquent pas de tels rapports. Quelques exemples permettent de rendre assez claire cette opposition. Un débiteur s'engage à effectuer un travail pour une date déterminée. L'obligation n'est pas exécutée : seule la responsabilité contractuelle pourrait être mise en jeu. Au contraire, un voiturier conduit-il imprudemment et blesse-t-il son voyageur, un locataire par sa négligence cause-t-il l'incendie de l'immeuble loué, la responsabilité délictuelle pourrait être engagée. On pourrait trouver une opposition du même genre à propos de la responsabilité des architectes. Pendant dix ans, les architectes et entrepreneurs doivent la garantie des gros ouvrages (art. 2270) ou des vices de construction (art. 1792). Après l'expiration de ce délai l'action en responsabilité contractuelle est impossible, et si l'immeuble s'écroule la preuve de la faute commise ne permet pas d'obtenir réparation. Mais que la détérioration ou la destruction entraîne des dommages matériels, l'action en responsabilité délictuelle permettrait d'obtenir réparation. La répartition des deux responsabilités se ferait de façon assez simple en se de-

mandant si un tiers mis à la place du contractant pourrait intenter l'action délictuelle (1).

Cette idée semble bien être au fond la pensée qui inspire les auteurs partisans du cumul (2). Leur volonté est de laisser le débiteur sous l'application des règles qui se seraient imposées à lui en l'absence de contrat, de ne pas admettre la solution, étrange à leurs yeux, qui laisse l'individu échapper, parée que contractant, à des règles qui le lient à l'égard des tiers. Cette préoccupation justifie au fond la division proposée par M. Meigné dans son étude sur les rapports des deux responsabilités, quand il distingue les obligations purement légales qui ne sont ni modifiées ni aggravées par le contrat, — des obligations purement contractuelles qui n'auraient jamais existé et ne se concevraient point sans le contrat, — et des obligations légales qui, tout en subsistant, sont devenues l'objet du contrat, ont été, suivant l'expression imagée de M. Planiol, « coulées dans le moule contractuel ». C'est elle que l'on retrouve aussi dans la formule déjà citée de la Cour de cassation de Belgique qui permet au contractant de recourir à l'action délictuelle « quand il poursuit la réparation du

(152-1) On rencontrerait alors une conception de la responsabilité qui semble bien être celle du droit anglais. « Le dommage qui aurait été un tort, en tant que violation de la *common Law*, en l'absence de tout contrat, reste un tort lorsque l'obligation est imposée par un lien contractuel » (Pollock, *The law of torts*, 7^e éd., p. 544. — Cpr. Stephen's, *Commentaries*, III, 271, et Halsbury, t. XXVII, V^o Tort, n^o 907 : Une action de tort est une action fondée sur des faits qui constituent un tort, ce qui veut dire qui constitue et est considéré comme une atteinte à une obligation de la part de l'auteur, que les relations, desquelles le devoir dérive, résultent ou non d'un contrat »).

Il résulte de cette conception que la notion de négligence n'intervient que si un dommage matériel est causé au contractant. La simple inexécution du contrat est irrelevante.

(2) V. Meigné, *op. cit.*, Conclusion, p. 268 et s., et particulièrement p. 276 et 277. — V. G. Ripert, *op. cit.*, n^o 1773.

dommage causé « à son bien ou à sa personne », parce que « le fait de s'engager dans un contrat à veiller tout spécialement aux **biens ou à la personne d'un contractant** n'enlève pas par lui-même à ce dernier l'action délictuelle » (3).

Cette distinction serait-elle admise, entre les obligations purement contractuelles et celles qui donnent au débiteur l'occasion de léser le patrimoine ou la personne du créancier, les conclusions que l'on en pourrait tirer seraient d'un extrême intérêt, car la mise en jeu des règles délictuelles relatives à la compétence, à la prescription, aux clauses d'irresponsabilité ne se concevraient que dans la seconde hypothèse. On pourrait admettre dans ce cas le cumul et, reconnaissant encore le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle, décider que la démonstration de la faute commise empêche l'application de la clause d'exonération de responsabilité. Mais dans le premier cas on pourrait — puisqu'il s'agirait d'une pure responsabilité contractuelle — valider, tout au moins dans la mesure de la faute légère, la clause d'exonération de responsabilité.

Cette construction peut être tentante, elle ne paraît pourtant pas correspondre à l'exactitude juridique ; si l'on reconnaît dans l'art. 1382 C. civ. un texte de portée générale s'appliquant dès qu'un individu a commis une faute source de préjudice, il est impossible de ne pas appliquer cette règle à l'inexécution fautive d'une obligation, même purement contractuelle (4). D'ailleurs, la Cour de cassation, dans une espèce où il y aurait eu lieu, d'après le critère précédent, d'appliquer très largement les clauses d'exonération parce

(3) Cass. b., 13 février 1930, précité.

(4) Cpr. la critique adressée à la conception de M. Meigné par M. Brun, *op. cit.*

que la responsabilité contractuelle se trouvait à l'état pur (clause d'exonération du retard dans le contrat de transport), a appliqué simplement le système général du renversement de la preuve. Il est néanmoins troublant de constater que si la Cour de cassation n'a pas validé les clauses d'exonération chaque fois qu'une responsabilité de ce type était engagée, du moins les arrêts qu'elle a rendus et ceux des juridictions inférieures qui admirent l'exonération de la faute légère sont tous intervenus alors qu'il n'y avait pas atteinte à la propriété ou à l'intégrité corporelle d'autrui (agences de renseignements, bureau *Veritas*, journaux financiers, — et même en limitant la solution aux tribunaux et cours d'appel : clauses de non-responsabilité pour retard).

153. — La directive semble trop imprécise pour qu'on la puisse systématiser et l'idée sur laquelle elle reposerait trop critiquable, pour qu'on ne puisse continuer à admettre la principe de la compétence exclusive de la responsabilité contractuelle pour tout ce qui touche l'inexécution d'une obligation conventionnelle. Aux termes de la jurisprudence, un seul cas de cumul semble devoir être relevé : pour qu'il y ait responsabilité contractuelle exclusive, il faut, d'après certaines décisions (1), appuyées par une bonne partie de la doctrine (2), que la négligence survienne à l'occasion d'un acte fait en vue et au cours de l'exécution du contrat. S'il y a inexécution volontaire de l'obligation, la responsabilité contractuelle peut bien être mise en jeu,

(153-1) V. Trib. Gênes, 5 décembre 1923. — 7 janvier 1924 : Dor. 7, 414 et la longue note qui l'accompagne. — Orléans, 17 avril 1883, cité par M. Bonnecase, Sup., t. II, n. 500, p. 612.

(2) L. Jossierand, note D. P. 1927, 1, 105, 7^e col. — Demolombe, XXIV, n. 598. — Brun, *op. cit.* — Ramella, II dir. Comm. 1911, II, 109 et ss.

mais elle n'est pas seule ouverte. Si le transporteur ou ses préposés détruisent ou s'approprient la marchandise, ils n'exécutent plus le contrat, parce qu'une exécution, même défectueuse, même négligente, ne peut consister à rendre volontairement et de propos délibéré impossible l'exécution du contrat. On ne reste donc dans le champ du contrat et on n'est soumis qu'aux responsabilités de ce contrat qu'autant qu'on cherche à l'exécuter. Au cas de dol, la responsabilité délictuelle s'appliquerait à nouveau, et comme du seul fait de l'inexécution l'action en responsabilité contractuelle est ouverte, on se trouverait véritablement en présence d'un cumul de responsabilité (3). Cette théorie est manifestement inspirée par l'idée précédemment rencontrée que le débiteur reste à l'égard de son cocontractant dans la situation d'un tiers. S'il porte une atteinte volontaire à la propriété ou à la personne d'autrui, il doit être soumis à la règle de l'art. 1382 C. civ.

Malgré son apparence logique, cette distinction doit pourtant être condamnée (4), tant à cause de l'extrême

(3) Un rapprochement devrait être fait de ce point de vue entre la faute contractuelle et la faute de service d'une part, et la faute délictuelle et le fait personnel de l'agent administratif d'autre part. Dans cette dernière l'homme se montrerait avec ses défauts, son caractère propre, il y aurait faute détachable de l'exécution du contrat (V. la formule dans Cass., 14 janvier 1918 : S. 1920, I, 75). On doit d'ailleurs noter qu'au cas d'abus de droit, la jurisprudence condamne également sur le fondement de l'art. 1382 : le débiteur révèle une intention autre que celle d'exécuter le contrat.

(4) H. Mazeaud, *op. cit.*, n. 108, p. 664 et s. — Boutaud, *op. cit.*, n. 132, p. 229. — Labbé, S. 86, I, 5, sur Cass., 23 novembre 1885 : D. 86, I, 11. — Demangeat, Rapport sur l'arrêt précédent. — Demogue, Rev. Trim. 1923, 659. — Anvers, 30 octobre 1897, Aulit : P. P. 1899, n 568, p 369 « Que l'imputation de dol ne modifie pas la nature juridique des griefs des demandeurs, qu'une obligation conventionnelle peut ne pas s'exécuter par dol, ainsi que le constate formellement l'article 1150 C. civ. »

difficulté et même de l'impossibilité qu'il y a à distinguer entre l'inexécution du contrat et l'atteinte aux droits d'autrui (5), que du défaut de raisons qu'il y a à distinguer entre la faute et le dol, empêchant l'exécution du contrat. Par le fait même qu'il contracte, le créancier peut prévoir les causes d'inexécution possibles de son exécution ; il n'a qu'à prendre à l'égard de son cocontractant les précautions nécessaires (6). L'article 1150 C. civ. réprime d'ailleurs l'activité dolosive du débiteur en le rendant responsable des dommages-intérêts imprévisibles. Mais il n'est pas dit que cette règle signifie la soumission du débiteur aux principes de la responsabilité délictuelle ; tout au contraire, la présentation de cette solution comme une dérogation aux règles normales des contrats, implique que, quant au reste, le droit commun de la responsabilité contractuelle continue de s'appliquer (7). On ne peut malheureusement s'aider des travaux préparatoires pour résoudre cette difficulté. Bigot-Préameneu indiquait bien que « le dol établit, contre celui qui le commet, une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat » (8), argument dont M. Josserand a tiré grand parti (9), que M. Mazeaud semble avoir réfuté en l'expliquant par le contexte (10). Mais de l'ensemble de l'exposé des mo-

(5) V. M. Chéron, note D. P. 1912, 2, 49.

(6) V. Laurent : Dr. civ., t. XX, n. 507 et ss.

(7) V. Planiol, Ripert, Esmein : Tr. Prat., VI, n. 494, p. 686 et Com. Anvers, 30 octobre 1897, Aulit, précité.

(8) Loaré, t. XII, p. 330, n. 40. « Le dol établit une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat : cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant tout le tort que le dol a causé. Mais dans ce cas là les dommages-intérêts n'en n'ont pas moins leur cause dans l'inexécution de la convention ; il ne serait donc pas juste de les étendre à des pertes ou à des gains qui ne seraient pas une suite immédiate et directe de cette inexécution. »

(9) L. Josserand, note précitée.

(10) L. Mazeaud, *op. cit.*

tifs il ne résulte pas nettement que ce fragment soit relatif au problème du cumul et que son auteur ait entendu résoudre cette difficulté (11).

Il faut même aller plus loin encore et repousser l'action délictuelle même au cas de délit pénal (12), qu'il implique ou non l'idée de dol, et sans se laisser abuser par le texte de l'art. 3 C. instr. crim. (13), qui semble lier l'action pénale et l'action civile. Sa seule signification est de permettre la poursuite de celle-ci devant les juridictions répressives, mais il faut supposer pour cela, que l'existence de l'action civile soit reconnue, — et là est précisément la question. Il est d'ailleurs juste de reconnaître qu'au cas de délit pénal, la jurisprudence admet l'exercice de l'action délictuelle sanctionnant la violation du contrat, — et que, d'autre part, la règle de l'art. 1150 établit sur un point capital un régime presque semblable à celui des délits. D'ailleurs, l'admission du cumul des responsabilités au cas de dol

(11) Si l'on veut d'ailleurs tirer de l'article 1150 un argument en faveur du caractère délictuel de la responsabilité pour faute dolosive, il semble difficile, en faisant une application extensive de la règle de l'assimilation de la faute lourde au dol, de soumettre également aux principes délictuels la responsabilité au cas de faute lourde (V. pourtant A. Brun, *op. cit.*, solution qui semble contraire à la jurisprudence. — Cass., 11 janvier 1922 : G. Pal. 1922, 1, 344 et au texte de l'article 1150.

(12) Mazeaud, *op. cit.* — Boutaud, *op. cit.*, n. 132, p. 223. — Planiol, Ripert, Esmein : Tr. prat., t. VI, n. 494, p. 686, note 4. — Demogue : Rev. Trim., 1923, 653, Oblig., V, 1198 - S. 1924, 1, 106. — CONTRA : Labbé : S. 86, 1, 5. — Aubry et Rau, t. VI, § 446, note 7. — Demolombe, XXXI, n. 78. — Laurent, t. XX, 463. — Larombière, 1382 et 1383, n. 9. — Agatstein, *op. cit.*, p. 118. — Lalou, n. 263 et s. — Il n'en n'est autrement qu'au cas d'accident du travail (Civ. 13 novembre 1923 : D. H. 1923, 587).

(13) V. pourtant l'importance attachée à ce texte par Trib. Gênes, 5 décembre 1923, précité.

est de peu d'importance dans cette étude, car l'impossibilité de s'exonérer du dol est une règle certaine et justifiable par d'autres motifs.

L'impossibilité de recourir au cumul pour expliquer la jurisprudence sur le renversement de la preuve reste donc définitivement acquise : la Cour de cassation l'aurait-elle formellement écartée dans des cas très nets, pour l'admettre sous une forme voilée, implicite, dans les clauses d'exonération ?

154. — Il semble dès lors superflu de poursuivre l'étude projetée et d'examiner la seconde proposition du système, c'est-à-dire le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle ; d'autant que, s'il se trouve nombre d'auteurs qui nient le cumul des responsabilités, il paraît paradoxal de douter du caractère d'ordre public de l'art. 1382 C. civ.

On ne saurait pourtant éviter de prendre parti, car c'est sur ce plan : sur la possibilité pour un individu de s'affranchir de sa responsabilité délictuelle, qu'il faut en dernier lieu poser le problème de la validité des clauses d'exonération de responsabilité. D'autre part — et le trait est curieux — il se trouve que c'est à l'occasion des clauses insérées en matière contractuelle que l'on est amené à discuter de leur validité en matière délictuelle, car on ne trouve presque pas de conventions formelles visant les art. 1382 et ss. C. civ. Une hypothèse de ce genre est d'ailleurs assez curieuse en fait. L'application de la responsabilité délictuelle ne suppose-t-elle pas l'absence de conventions entre parties ? Il n'en est rien. On ne peut évidemment concevoir de clauses d'exonération entre personnes qui ne sont unies par aucun rapport juridique ou de fait. Mais quand ces rapports existent, rien n'empêche d'imaginer de telles conventions : entre patrons ou employés, par exemple dans les cas où il n'existe aucune règle-

mentation conventionnelle ou légale de la responsabilité ; entre propriétaires voisins, pour régler les conséquences des fautes possibles dans l'accomplissement de leurs obligations de voisinage.

Quand on examine ce problème, on trouve pour le résoudre cette proposition à peu près indiscutée que la responsabilité délictuelle est d'ordre public et que toute clause qui y déroge est frappée de nullité absolue. L'invalidité des conventions intervenues en matière délictuelle semble donc certaine, mais la proposition qui sert de base à la condamnation est-elle à l'abri de toute critique ?

Si l'on entend que les obligations légales sont toutes d'ordre public, la proposition est certainement erronée. Sans doute, est-il indispensable que le législateur réglemente impérativement les rapports d'individus qui n'ont pu établir entre eux leurs obligations respectives. Il importe qu'une règle supérieure régie les activités particulières. L'établissement d'un pareil principe doit préoccuper le législateur, et les particuliers ne peuvent convenir qu'ils causeront impunément des dommages aux tiers. Mais ne peuvent-ils pas entre eux aménager leurs obligations respectives, convenir, comme en matière contractuelle qu'ils ne répondront pas de certaines fautes ? Le caractère de l'art. 1382 indique la solution qui doit être donnée à ce problème. Si la règle est posée — et nécessairement — par le législateur, parce que les particuliers ne peuvent en principe régler entre eux leurs obligations, rien n'empêche qu'il en soit autrement quand ils en ont l'occasion. Pourquoi serait-il interdit à deux propriétaires voisins d'établir entre eux des obligations de voisinage différentes de celles qu'a créées la jurisprudence, de convenir qu'ils ne se devront pas d'indemnités lors de la commission de certaines fautes ? La seule question que

l'on puisse se poser est de savoir si la responsabilité ne cesse pas d'avoir alors un caractère proprement délictuel : si la convention est licite, ne doit-on pas appliquer la règle que la responsabilité délictuelle a été exclue, un contrat réglant la question de responsabilité ? On arriverait à ce résultat assez étrange que la question de la validité des conventions de non-responsabilité en matière délictuelle se ramène à celle des conventions en matière contractuelle, alors que ce serait pour ces dernières avec la théorie du cumul des responsabilités que se poserait le problème de l'exonération des conséquences de l'art. 1382 : il y aurait là un chassé-croisé assez curieux.

Quoi qu'il en soit, l'idée que la règle de l'art. 1382, si haute qu'elle paraisse, n'est pas hors de l'atteinte des conventions particulières gagne aujourd'hui en doctrine. MM. G. Ripert (1), Josserand (2), Danjon (3), Mazeaud (4), — en Belgique MM. de Harven (5), J. Van Ryn (6) admettent, les premiers avec certaines réserves, les derniers formellement, que des conventions relatives à la responsabilité délictuelle sont possibles, et que les règles qui dominent cette dernière peuvent être exclues par convention (7). La Cour de cassation de

(154-1) G. Ripert : Dr. Mar., II, n. 1773, 3^e éd., p. 725 - D. P. 1926, I, 5.

(2) L. Josserand, Transports, n. 627 et Dr. Civ., II, n. 470, 474, 475, critiquant formellement le caractère d'ordre public de l'article 1382. — Brun, *op. cit.*, n. 339.

(3) Danjon : Dr. Marit., II, n. 854 et s.

(4) H. Mazeaud, Responsabilité délictuelle : Rev. Trim., 1929, p. 657, n. 83, 94 et 97.

(5) De Harven, *op. cit.*, p. 242 et s.

(6) J. Van Ryn, Les clauses de non-responsabilité : Rev. Gén. Ass. et Resp., 1931, 703 et s.

(7) M. Et. Bartin, sous Aubry et Rau, t. VI, § 445, note undecies, p. 372, admettrait tout au moins que les parties puissent limiter au

Belgique n'a pas seulement autorisé implicitement cette thèse en validant les clauses d'exonération, mais elle a formellement exprimé dans son arrêt du 21 février 1907 que la règle de l'art. 1382 est susceptible de dérogations conventionnelles (8).

Le droit romain enfin posait une règle semblable, dans un texte essentiel d'Ulpien (9), qui semble avoir passé inaperçu des glossateurs (10), mais que Labbé mit parfaitement en lumière (11). La clause de non-garantie des fautes affranchit le débiteur de l'action du louage comme de celle de loi Aquilie « *quae res ex locato tollit actionem, et Aquiliae* ».

L'effet de la volonté des parties sur l'exclusion des

préjudice direct seulement la réparation du dommage par la voie délictuelle. Il semble toutefois difficile de considérer cet auteur comme partisan de dérogations conventionnelles aux articles 1382 et s. C. civ., car il affirme le plus fréquemment possible leur caractère d'ordre public. M. Martin ajoute pourtant que la convention précédente constituerait « *une exonération conventionnelle de l'article 1382 licite pour les quasi-délits* ».

(8) Cass. b., 21 février 1907 : Pas. 1907, 1, 135, et sur des hypothèses différentes, mais avec une solution identique (Cass. b., 12 novembre 1885 : B. J. 86, 135. — Mons, 13 février 1914 : B. J. 1914, 825).

(9) Ulp. D.27, 29, ad legem Aquiliam, 92.

(10) V. dans la glose de Godefroy, p. 1035, les différents commentaires qui se bornent à l'exégèse des mots *diatritum* et *quae res*. On notera pourtant la remarque faite à propos du verbe *tollit* : « *Quae res... facit non incipere actionem; liberari improprie is dicitur qui nunquam fuit obligatus* » (V. de verb. Oblig., L. 10). Veut-on dire par là que la convention dès son principe a fait disparaître l'action aquilienne?

(11) Labbé, Lettre à Thaller : Ann. Dr. Com., I, 1885, 1886, p. 185 qui a présenté avec le plus de vigueur la théorie des dérogations conventionnelles à l'article 1382, en s'appuyant tant sur les textes romains que sur les principes du droit français.

Il résulte de l'unité de responsabilité que le concours est vu avec défaveur (D. IX, 2, 18, 27, § 11; XIII, 62, 18, § 1. — Accarias : Précis, II, 954, 955).

règles de la responsabilité délictuelle est d'ailleurs nécessaire dans notre droit positif pour expliquer une solution très ferme de la jurisprudence sur la responsabilité du débiteur qui a déterminé l'étendue de ses obligations. On suppose, par exemple, qu'un contrat, en vertu duquel le débiteur n'est tenu que de la responsabilité d'une certaine faute, est exécuté. Le débiteur n'était tenu que de sa faute lourde, l'objet a péri, mais par suite d'une faute légère. Pourra-t-on atteindre par l'action délictuelle le dépositaire dont l'action contractuelle ne permet pas d'engager la responsabilité? (12). Le mandataire irresponsable aux termes du contrat, mais coupable d'une faute très légère, peut-il être poursuivi sur le fondement de l'art. 1382? (13). Peut-on rendre responsable sur le terrain des articles 1384 ou 1386 le prêteur qui avait ignoré les défauts de la chose prêtée, et dont la responsabilité contractuelle était, par suite, exclue, ainsi que le décide l'art. 1891 C. civ.? (14). La Cour de cassation refuse dans ces trois cas le recours à l'action délictuelle. Sans doute pourrait-on

(12) Admettent mais seulement en concours avec l'action contractuelle, la responsabilité délictuelle (Alger, 24 juin 1878. — Req., 21 juillet 1879 : D. 80, 1, 381 et Cass., 9 novembre 1915 : D. 1921, 1, 23) qui casse un arrêt de la Cour de Bordeaux, violant l'art. 1382, parce qu'il condamne le dépositaire bien que la preuve d'une faute n'ait pas été rapportée. La solution est juste mais ne touche pas particulièrement l'article 1382 C. civ.

(13) Civ., 6 avril 1927 : D. P. 1927, 1, 111 - S. 1927, 1, 207, note de M. H. Mazeaud.

(14) Sur l'article 1891, V. la note de M. L. Jossierand : D. P. 1904, 2, 262. — Boissière, *op. cit.*, p. 192 et ss. et Com. St-Etienne, 30 juillet 1930 : Gaz. Pal. 6 novembre 1930 - Gaz. Trib. 15 janvier 1931 - Rev. Trim. 1930, 1077. — Civ. 21 juin 1928 : Bull. Tr., 1928, 129 - Gaz. Pal. 1928, 2, 406. — *Contra* : Paris, 20 janvier 1921 : D. 1922, 1, 12. — Seine, 23 janvier 1903 : D. 1904, 2, 257. — Pau, 6 janvier 1898 : D. 1900, 1, 265, sans valeur depuis les arrêts de la Cour de cassation.

expliquer cette solution par la délimitation des domaines respectifs des responsabilités contractuelle et délictuelle, car si l'on admet que cette dernière est préexistante, on devrait (et c'est la solution condamnée) en déduire qu'elle subsiste seule hors du champ d'application du contrat, comme elle coexiste avec la responsabilité contractuelle dans la mesure où celle-ci reçoit compétence. Mais quand on cherche pourquoi la responsabilité délictuelle a été exclue, on voit combien est déterminante la volonté des parties : rien ne les empêcherait en effet de convenir que les règles de la responsabilité délictuelle joueraient à titre subsidiaire. Si l'on admet qu'elles ont été écartées, c'est qu'il est normal, que le débiteur restreignant sa responsabilité le fasse de manière absolue et s'affranchisse de sa responsabilité tant délictuelle que contractuelle (15). Mais cette présomption de volonté ne se rencontre pas toujours. Le débiteur supprimant l'obligation contractuelle de sécurité reste ainsi sous l'application des règles délictuelles.

La volonté des parties apparaît aussi déterminante, quand on considère comment la jurisprudence traite la clause limitative de dommages-intérêts. Si le créancier est dans l'impossibilité d'obtenir réparation totale, n'est-ce pas que toute responsabilité contractuelle ou délictuelle a été supprimée ? (16). Comment reconnaître que la responsabilité délictuelle peut être limitée et ne pas consentir à sa destruction ?

155. — Ces observations conduisent à une idée qui se dégage nécessairement de l'étude précédente. Il ne s'agit plus de savoir s'il existe des différences entre les

(15) V. Labbé, note S. 85, 4, 25.

(16) Ferron, note S. 1911, 2, 133.

deux responsabilités ou si elles se peuvent cumuler, — le problème est différent. Malgré l'identité foncière de la faute en matière contractuelle ou délictuelle, le législateur peut, selon que les parties sont ou non en relations, en réglementer différemment les conséquences : de là une opposition entre les deux responsabilités que la jurisprudence atténue lentement, que l'on pourrait supprimer sans dommage, à l'exemple du C. civ. allemand, mais qui existe indiscutablement dans notre droit actuel. D'un même tronc sont sortis des rameaux différents : des signes certains permettent de les distinguer, mais la suppression de leur support les fait l'un et l'autre disparaître (1).

De cette analyse deux conséquences se dégagent. D'une part, la validité (dans une mesure à préciser ultérieurement) des clauses d'exonération s'applique tant à la responsabilité contractuelle qu'à celle que régit l'art. 1382 C. civ. D'autre part, la disparition de la responsabilité délictuelle est en principe fatale dès que la responsabilité contractuelle est elle-même exclue. Les législations qui ont réduit à l'unité la notion de faute, quelle que soit la forme sous laquelle elle apparaît, consacrent formellement ce principe (2). En Allemagne, le Tribunal d'Empire décide ainsi que les clauses d'exonération de responsabilité, visant « les agisse-

(155-1) Telle semble être la conclusion de MM. Planiol, Ripert, Esmein : Tr. Prat., t. VI, n. 491, p. 680, *in fine*. — V. également, G. Ripert : Dr. Mar., n. 1689, 3^e éd., p. 630.

On pourrait de même noter des différences entre l'obligation civile et l'obligation commerciale, l'unité de la responsabilité est pourtant certaine dans l'un et l'autre cas.

(2) V. Pour la conception anglaise de la responsabilité, *supra*, n. 155, note 1. — Pour l'Allemagne, V. Saleilles, Théorie générale de l'obligation, n. 11, p. 15, et Busch, Haffeld, etc., sous les §§ 276 et 823 C. civ. allemand. — Pour le droit romain, *supra*, n. 154 et notes 9, 10, 11.

ments contraires au droit, les actes de négligence ou de faute », s'appliquent à la fois à la responsabilité délictuelle et à la responsabilité contractuelle (3). Mais il est encore plus saisissant de noter que la jurisprudence belge, ayant pour base des principes semblables aux nôtres, qui, d'après une certaine opinion, consacrerait même le cumul des responsabilités, n'a éprouvé aucune gêne à admettre l'exonération de la faute légère prouvée du débiteur ou de ses préposés : c'est donc qu'il n'existe pas dans le système de notre droit français un principe, semblable à celui de la sous-jacence de la responsabilité délictuelle, qui ne permettrait pas une solution plus libérale que le simple renversement de la preuve.

156. — Après avoir examiné en elle-même, et du point de vue des principes, l'explication proposée, il faut, au terme de cette étude, rechercher si la jurisprudence sur les clauses d'exonération concorde avec elle. Les développements antérieurs laissent pressentir une réponse négative, mais cette théorie est trop généralement reçue pour qu'on ne doive l'exclure qu'après un examen minutieux.

Quand on étudie ainsi les arrêts de la Cour suprême, une idée essentielle apparaît, qui montre combien la théorie du cumul est étrangère à la solution du renversement de la preuve. On ne voit jamais dans les arrêts se révéler les conséquences normales du cumul. La Cour de cassation oblige bien le créancier à faire la preuve de la faute dans l'inexécution, mais ne fait aucune allusion aux autres règles de la responsabilité délictuelle. Ainsi que le remarque M. Meigné, la juris-

(3) Trib. Empire allemand, 19 juin 1929, Allège Magdalene Firma Thorl's Hamburger Olfabriken : Dor 21, 74. — Trib. supérieur Han-satique, 28 novembre 1928 : Dor. 20, 117.

prudence ne paraît avoir fait intervenir parmi les règles de cette responsabilité que celle relative à la charge de la preuve : c'est le seul effet pratique qu'elle attribue à la clause d'exonération qui, pour le reste, ne change rien, semble-t-il, à la responsabilité (1).

Mais il faut aller plus loin et, sans s'arrêter à cette indication toute négative, étudier les arrêts dans leur justification. Or, presque jamais l'art. 1382 ne se trouve cité par la Cour de cassation. Elle déclare seulement que la clause « a pour effet de mettre la preuve des fautes imputées à la compagnie à la charge de ceux qui les invoquent », « qu'elle a pour résultat, contrairement au droit commun, d'en mettre la preuve de la faute à la charge de l'expéditeur », « qu'elle efface la présomption de l'art. 103 C. com. pour obliger l'expéditeur à prouver la faute du transporteur » (2). Mais, puisqu'il s'agit de mettre la preuve de la faute à la charge du créancier, contrairement au droit commun de la responsabilité contractuelle et aux présomptions de faute habituelles, n'est-ce pas que l'on reste toujours dans le domaine contractuel ? (3). Cette expression « contrairement au droit commun » a été critiquée par les auteurs partisans de la sous-jacence de la responsabilité délictuelle : en effet, l'obligation de prouver la faute de l'auteur est une règle normale si l'on applique l'article 1382. Mais peut-on croire que la Cour de cassation, si elle eût adopté cette théorie, eût maintenu avec la même constance une proposition erronée ? Elle est, au contraire, parfaite si l'on rejette l'explication donnée de

(156-1) Meigné, *op. cit.*, p. 234. — V. pourtant un arrêt récent de la Ch. civile, 27 janvier 1930, Belleville : *Gaz. Pal.* 1930, I, 533, et la solution qu'il donne quant à la compétence.

(2) 9 juillet 1879 : S. 80, I, 83, et plus particulièrement, Civ., 29 décembre 1890 : S. 92, I, 28. — 21 janvier 1901 : S. 1902, I, 45.

(3) Civ., 8 février 1892. — 29 Mars 1886.

la jurisprudence. Normalement, en matière contractuelle, le créancier est dispensé de prouver la faute de son débiteur. Exceptionnellement, et contrairement à ce droit commun, il doit l'administrer s'il existe une clause de non-responsabilité. Cette convention a simplement pour effet de créer un cas nouveau dans lequel le créancier doit apporter la preuve d'une faute contractuelle pour obtenir réparation, situation qui n'est pas aussi exceptionnelle qu'on avait pu le croire autrefois. Un arrêt de la Cour de cassation exprime d'ailleurs formellement le maintien du débiteur sous l'application des règles conventionnelles. L'affaire est caractéristique et appartient, bien qu'il s'agisse d'un capitaine de navire, au groupe d'arrêts relatifs au renversement de la preuve, parce qu'elle concerne la navigation fluviale, assimilée par l'art. 107 C. com. au transport terrestre. La Cour de cassation n'hésite pas à déclarer « que la faute commise par le capitaine n'étant pas contestée, la cour (d'appel) a *maintenu à bon droit la compagnie dans les liens des obligations résultant pour elle des articles 103 C. com. et 1782 et ss. C. civ.* » (4). Peut-on mieux noter que le renversement de la preuve laisse néanmoins le débiteur sous l'application des règles contractuelles? Seul un arrêt d'Angers est encore plus net car il interdit de s'affranchir de la responsabilité de ses fautes contractuelles ou délicieuses prouvées (5).

Si l'on relève, au regard de cette série d'arrêts que l'on doit placer exclusivement sur le plan de la responsabilité contractuelle, ceux qui font allusion à l'art.

(4) Req., 28 février 1900, C^{ie} des Messageries Maritimes de Cochinchine : D. P. 1900, 1, 286. — Civ. Seine, 27 mars 1924 : Gaz. Pal. 6 mars 1924.

(5) Angers 17 novembre 1925, Banque Nationale de Crédit : S. 1925, 2, 95 - Rev. Trim. 1926, 401 et les observ. de M. R. Demogue.

1382, on ne peut manquer de noter combien ils sont peu probants. L'un vise le vol commis par un préposé, mais ce délit intentionnel fait certainement échec à la clause d'exonération. Un autre déclare bien, que la clause ne saurait avoir pour effet d'affranchir les compagnies de la responsabilité des fautes qui seraient reconnues avoir été commises par elles ou par leurs agents, ce qui serait contraire aux articles 1382 et ss. C. civ., ... mais aucune faute n'était établie à l'égard du débiteur (6). Un autre encore fait bien allusion à la faute de l'art. 1382, mais il s'agissait plus d'une convention d'assurance que d'une clause d'irresponsabilité au sens strict (7) ; ...de sorte que la portée de ces arrêts isolés, ne tranchant pas nettement la difficulté, doit être réservée. Il semble pourtant, qu'à la longue, l'explication du renversement de la preuve par le cumul des responsabilités finisse par pénétrer dans la jurisprudence. L'un des derniers arrêts rendus par la Cour de cassation, après avoir rappelé que la généralité des termes de la clause d'exonération ne fait pas obstacle à son application, dans la mesure où elle tend à exonérer le transporteur aérien des risques de l'air, et avant de casser l'arrêt niant la possibilité de diviser la clause, relève que la responsabilité quasi délictuelle du transporteur était exclue par l'arrêt, aucune faute n'ayant été relevée à sa charge ou à celle du pilote et que, en conséquence, la clause d'exonération eût dû être appliquée (8).

(6) Civ., 14 juillet 1874, Venin Bouéhinot : P. 75, 51 - S. 75, 1, 32. — 24 avril 1874 : S. 74, 1, 386 - D. 75, 5, 58.

(7) Cass., 18 août 1874 : S. 76, 1, 337, Arrêt Pellerin. — V. encore S. 1876, 1, 16 - S. 1898, 1, 326. — Tous ces arrêts remontent à une époque où le cumul des responsabilités semblait être assez volontiers admis par la Cour de cassation.

(8) Civ., 21 juillet 1930 : Gaz. Pal., 7, 10, 30 - Rec. 1930 2, 373. — Rapp. Civ., 27 janvier 1930, Belleville : Gaz. Pal. 1930, 1, 533

157. — Ainsi, on ne peut dire, que la jurisprudence de la Cour de cassation s'explique par la sous-jacence de la responsabilité délictuelle. Admettrait-on même cette théorie, une conclusion s'imposerait, de nature à faire hésiter ses partisans.

L'art. 1382 n'est pas seul à représenter la responsabilité délictuelle. S'il présente un caractère d'ordre public, il faut aussi le reconnaître aux art. 1384 et suivants C. civ. A moins donc que l'on ne puisse, par un procédé conventionnel quelconque, exclure la responsabilité délictuelle de l'art. 1384, force est de reconnaître, qu'après la disparition de la responsabilité contractuelle, l'art. 1384 pourra être applicable. C'est dire, que dans toutes les hypothèses où l'on pourra rattacher le dommage causé par l'inexécution à un objet inanimé, (1384 et 1386) ou à un animal (1385), l'exonération de responsabilité sera sans valeur, le débiteur se trouvant, en matière délictuelle, soumis à une règle aussi rigoureuse que celle de l'article 1147.

La solution du renversement de la preuve qui paraissait séduisante, comme conciliant de façon habile les intérêts en présence, se trouve évincée. La théorie des clause d'exonération prend de ce fait une couleur nouvelle.

M. G. Ripert semble être seul en doctrine à avoir abordé de front cette question suscitée par le développement de l'art. 1384 C. civ (1). Mais il croit pouvoir éviter l'objection en rappelant la jurisprudence élaborée en matière de transport gratuit, et la décision de la Cour de cassation, qui écarte l'art. 1384 C. civ. chaque fois que la victime s'est volontairement exposée au

(qui ne relève d'ailleurs la responsabilité délictuelle que surabondamment).

(157-1) G. Ripert : *Dr. Mar.*, II, n. 1673, 3^e éd., p. 631.

dommage ou qu'il existe entre elle et l'auteur du préjudice des relations contractuelles.

Ces deux arguments doivent être examinés séparément. Le premier ne semble pas très probant, car il ne faudrait pas conclure de la formule générale des arrêts que l'art. 1384 est exclu chaque fois que la victime a participé à l'usage de la chose. Il a été rappelé plus haut, et M. G. Ripert l'a montré de façon décisive, que si la victime est entrée en rapport avec la chose dommageable dans l'exercice d'un droit ou d'une obligation juridique ou morale, elle continue à être protégée par l'art. 1384 C. civ.

Plus pertinente est l'objection qui exclut l'art. 1384, étant donné l'existence des rapports contractuels. Mais il faut alors pousser l'idée jusqu'au bout et admettre que, par le contrat, les parties se sont placées sur un terrain différent de la responsabilité délictuelle — idée qui est celle du non-cumul des responsabilités — mais qui oblige à écarter l'art. 1382 aussi bien que l'art. 1384, et ruine ainsi la théorie de la sous-jacence de la responsabilité délictuelle. On n'échapperait à cette conclusion qu'en soutenant, que l'art. 1384 ne présente pas comme l'art. 1382 un caractère d'ordre public, ou que — pour une raison encore à donner — il ne fait pas partie de ce milieu délictuel dans lequel baignerait la responsabilité contractuelle. Le développement de l'art. 1384 a transformé le problème. Alors que l'art. 1382 était seul appliqué et connu, la théorie proposée paraissait naturelle : elle est aujourd'hui incomplète dans sa solution du renversement de la preuve.

158. — En présence de l'hostilité de la jurisprudence contemporaine à admettre le cumul des responsabilités — étant donné les discussions que soulève le caractère d'ordre public de l'art. 1382 — et l'impossibilité d'ex-

pliquer par ces deux idées le renversement de la charge de la preuve, il faut donc renoncer à admettre que la solution de la Cour de cassation s'explique par la permanence de la responsabilité délictuelle après la disparition de la responsabilité contractuelle. Les conséquences de cette théorie quant à l'art. 1384 sont d'ailleurs à elles seules de nature à faire douter de son bien-fondé.

Mais si la jurisprudence relève d'une idée différente, quelle est donc la base des arrêts de la Cour de cassation ? C'est que, aussi bien en matière contractuelle que délictuelle, et sans s'attacher à l'artifice de cette division intellectuelle, la Cour suprême a considéré comme immoral de la part d'un débiteur de s'affranchir de ses fautes, ainsi qu'elle avait posé dès ses premiers arrêts (1). Mais il lui était impossible d'interdire au débiteur de s'exonérer de la responsabilité que fait poser sur lui de plein droit l'art. 1147, car il aurait été injuste, pour reprendre le langage de Vivante, « de faire accompagner une activité... de l'ombre noire d'une présomption de faute » (2), alors que toute idée de faute présumée est vraiment absente de l'obligation de réparer le dommage causé par l'inexécution pure et simple. La classification technique des fautes, contractuelles ou délictuelles, est sans valeur au regard de cette loi su-

(158-1) Rappr. Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., VI, n. 494, p. 687 *in fine*. — V. surtout ces mots de MM. Beudant et Capitant dans leur étude sur la responsabilité civile parue dans les *Annales de l'Université de Grenoble*, 1906, p. 658 : « En définitive, on voit que la tendance générale, tant en jurisprudence qu'en législation, est nettement hostile à l'exonération conventionnelle des fautes contractuelles. *L'idée qui se dégage est que la responsabilité des fautes est d'ordre public, sans distinguer entre la faute délictuelle et la faute contractuelle.* »

(2) Vivante, Dr. com., III, n. 2160, p. 824, traduction de M. J. Escarra.

périeure, que « nul ne peut acquérir à l'avance, par un sacrifice pécuniaire, le droit de mal agir » (3) et dont l'art. 1382 donne pour les relations délictuelles une formule particulière. L'idée morale et l'idée économique se conjuguent ainsi dans le système de la Cour de cassation pour limiter les effets des clauses d'exonération. L'absence d'indemnité crée un préjugé défavorable qui pourrait faire admettre même la nullité complète de la clause en prévision de ses dangers. La restriction de la condamnation n'est pourtant limitée qu'à l'interdiction de s'affranchir de sa faute. La pensée de la Cour de cassation, étudiée ainsi dans son développement historique, son fondement économique et moral apparaît ainsi très claire, mais le principe qu'elle traduit, « qu'il est immoral et contraire à l'ordre public de s'affranchir de ses fautes prouvées », doit-il être accepté sans réserves ?

SECTION V

VALIDITE ET EFFETS DES CLAUSES D'EXONERATION OU DE LIMITATION DE RESPONSABILITE

159) Distinction de différentes difficultés.

- I. *Liaison de la validité de la clause et de l'avantage retiré par le créancier.* — 160) Validité de la clause apparaissant comme réellement consentie par le créancier. Systèmes législatifs s'inspirant de cette idée. Limitation du principe au domaine législatif. — 161) Tentative de discussion de la valeur du consentement du créancier par la notion de cause. Conséquences de cette théorie. Rejet.

(3) G. Ripert, Règle morale, n. 132.

- II. 162) *Examen des diverses objections faites à la validité de la clause.* Critique tenant à ce que la clause conférerait le droit de mal agir. — 163) Argument tiré de l'article 1834 C. civ. et de la bonne foi contractuelle. — 164) Immoralité de la clause. Rappel de la solution de la morale au regard de la faute.
- III. 165) Principe de la validité de la clause d'exonération de la faute contractuelle ou délictuelle. — 166) Exclusion du dol. — 167) Exclusion de la faute lourde : limitation à la faute légère de l'effet exonératoire. — 168) Comparaison du système proposé et des droits admettant plus largement l'exonération : opposition de principe, analogie des solutions de fait : Allemagne, Suisse. — 169) Dangers d'admettre plus largement l'exonération dans le droit positif français. La jurisprudence belge et l'exonération du dol des préposés. — 170) Idée à retenir de cette jurisprudence : validité de la négligence clause. — 171) Comparaison du système proposé et des droits étrangers qui admettent l'exonération de la faute légère : Belgique, Italie, Jurisprudence de tribunaux mixtes d'Égypte, Projet franco-italien de Code des obligations.
- IV. 172) *Construction sur cette base de la théorie des clauses d'exonération.* — 173) A. Détermination de la charge de la preuve de l'application éventuelle de la clause. Critique de l'obligation de preuve imposée au créancier. — 174) Sa justification partielle au cas de délimitation de l'étendue des obligations. — B. 175) La clause limitative de responsabilité : critique de son assimilation à la clause pénale. — 176) Conséquences. — C. 177) Les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité au cas de contrat relatif à la personne humaine. Les clauses d'exonération de la responsabilité professionnelle. — D. 178) Interprétation de la clause en fonction de la volonté des parties. Rappel. — 179) La clause d'exonération et l'action d'avaries. — 180) Détournement de la clause de sa finalité. L'arrêt Teissier. — F. 181) Inefficacité de la clause à l'égard des tiers. — 182) Admission d'une solution différente au cas de clause de limitation de l'étendue de l'obligation. — F. 183) La clause d'exonération et le conflit de lois. Disparition du principe d'autonomie de la volonté devant l'ordre public. Solution différente au cas de clause de délimitation de l'étendue des obligations. — G. 184) Les clauses de non-responsabilité et l'exonération de la responsabilité du fait des choses. — H. 185) Les clauses de non-responsabilité et l'exonération de la responsabilité du fait d'autrui

159. — Si l'on veut examiner dans son ensemble le problème des clauses d'exonération, il faut distinguer avec soin les différentes difficultés qu'elles peuvent soulever.

Un premier point se détache avec assez de netteté : c'est que le sort des clauses d'exonération s'est trouvé en fait, et doit être législativement lié à l'avantage retiré par le créancier de l'exonération accordée. S'il obtient, grâce à l'insertion de la clause, de meilleures conditions, et notamment un prix inférieur pour le service rendu, la validité de la clause ne paraît pas faire grande difficulté.

C'est dans cette voie que s'est engagée la Cour de cassation d'Italie. Si la théorie italienne des clauses d'exonération a été assez incertaine tant que l'organisation judiciaire comprenait plusieurs cours suprêmes, la Cour de cassation du royaume a fixé depuis quelques années sa jurisprudence de façon fort nette. Les clauses d'exonération complète, et celles qui limitent inconditionnellement et sans compensation les dommages-intérêts sont inefficaces à limiter la responsabilité pour dol ou faute grave et ne peuvent conserver d'efficacité que pour les fautes légères. Par contre, et par analogie avec l'article 416 C. com. pour les transports terrestres, peuvent exonérer de la faute lourde les clauses qui limitent la responsabilité de l'entrepreneur de transport « en se rattachant à la stipulation d'une compensation non dérisoire, consistant dans l'adoption d'un tarif plus réduit établi à l'avance, qui vient compléter préventivement l'indemnisation diminuée, le chargeur demeurant libre en ce cas, s'il veut s'assurer l'indemnisation intégrale du dommage, de se soumettre au prix supérieur porté au tarif ordinaire » (1).

(159-1) Cass. Royaume, 15 novembre 1928, Docks Cotoni : Dor, 21, 407.

On doit rattacher à cette tendance la jurisprudence anglaise admettant, que les compagnies de chemins de fer peuvent limiter leur responsabilité : « provided that the conditions of the contract are such as are adjudged to be just and reasonable by the court before whom the question may be tried », pourvu que de l'ensemble des stipulations contractuelles le juge puisse dégager que le contrat est juste et raisonnable (2).

Enfin, et ce dernier exemple présente plus d'intérêt, cette même idée se retrouve dans les droits étrangers, les conventions internationales (3) ou la jurisprudence française admettant très largement la limitation de responsabilité quand le créancier jouit d'une option entre ce tarif et un autre assurant l'indemnisation complète, ou peut recourir au procédé de la valeur déclarée, grâce auquel la perte subie peut être intégralement réparée (4).

160. — De cette constatation une idée se dégage, c'est que l'exonération cesse d'être condamnée à une double condition : qu'elle apparaisse comme librement acceptée par le créancier et qu'elle corresponde pour lui à un avantage véritable.

La première exigence se rattache à la liberté nécessaire du consentement du créancier. Il apparaît sou-

(2) Halsbury's Laws of England, V° Carrier, n. 28; — et Division du Banc du Roi, 22 juillet 1924 : Clunet, 1925, 794.

Cette solution de principe est pourtant condamnée par le Road Traffic Act, Part. 4, Chap. 43, du 1^{er} août 1930, qui interdit dans les entreprises de transports toute clause modifiant la responsabilité légale à l'égard du passager. — Rapp. pour l'existence du caractère juste et raisonnable de la clause : Caen, 10 septembre 1859, sous Bordeaux, 5 mars 1860 : S. 60, 2, 388.

(3) Art. 4, § 5-1° de la Cour de Bruxelles. — G. Ripert, Dr. Mar., II, n. 1816-11.

(4) Com. St-Etienne, 5 juillet 1929 : Gaz. Pal. 1929, 1, 791. — Cass., 5 février 1929 : Bull. An. 1924, 2, 16.

vent, qu'obligée de contracter avec les débiteurs bénéficiaires de monopoles de fait ou de droit, la victime s'est vu imposer contre son gré des clauses qu'elle n'a pas entendu accepter (1).

Du point de vue législatif, maintes règles s'inspirent du souci de prohiber les clauses d'exénoration en de pareils cas, et des procédés variés permettent d'y parvenir. Tantôt la loi invalide toute clause d'exonération dès qu'elle se trouve insérée dans un contrat déterminé. La France y a souvent eu recours, et des exemples nombreux peuvent en être donnés (L. 27 décembre 1890 modifiant l'art. 1780 C. civ. — L. 9 avril 1898 pour les accidents du travail, art. 103, C. com. — L. 10 avril 1930). Cette idée inspire en Angleterre le Road Traffic Act du 1^{er} août 1930 (2), quand il interdit aux entreprises de transport automobile toute exonération ou limitation de responsabilité pour les accidents causés aux personnes. C'est elle que l'on retrouve encore en Allemagne ou en Suisse, dans la législation qui interdit aux compagnies de chemins de fer (3) et aux entreprises concédées par l'Etat de s'affranchir de leur responsabilité.

Mais il est possible de concevoir un autre système et, au lieu de frapper toute clause dans un contrat déterminé, d'invalider seulement celles qui laissent présumer le défaut de consentement du créancier par suite de la forme employée pour la réalisation de l'exonération. Le C. civ. allemand interdit ainsi à l'hôtelier l'exonéra-

(160 - 1) P. Esmein, *op. cit.*, p. 322; — et Cass. Italie, 24 octobre 1924 : Dor. 10, 394.

(2) *Supra*, n. 159, note 2.

(3) Allemagne, art. 423 C. com. — Autriche, art. 423 C. com. — Espagne, L. 1^{er} février 1887; — et Montpellier, 25 octobre 1929 : Mon. Jud. Midi, 1929, 288. — V. pour le transport aérien : Italie, L. 31 janvier 1926. — Pour la Pologne, Décret 14 novembre 1928, art. 61, § 2. — L. belge du 25 août 1891.

tion par affiches, le droit anglais condamne l'exonération de responsabilité du common carrier « by a public notice », une convention formelle, écrite, est exigée — et pour les compagnies de chemins de fer un contrat distinct, signé par l'expéditeur, est absolument nécessaire (4). De même la Convention de Bruxelles, tout en prohibant en principe les clauses d'exonération insérées dans les connaissements (exemple-type d'un contrat d'adhésion), en reconnaît la validité quand elles font partie des conditions d'une charte-partie librement discutée par les contractants. On pourrait encore songer au procédé du § 138 C. civ. allemand qui annule d'une manière générale toute convention donnant à une partie des avantages disproportionnés à ses obligations — avantages dus à l'exploitation de la légèreté, de l'imprévoyance, de l'ignorance d'autrui, — et dont on a tenté de faire usage, notamment contre les compagnies de navigation aérienne, détentrices de monopole.

Ce mouvement est des plus intéressants de *lege ferenda* (5). Il est certain que le mouvement législatif n'est pas encore parvenu à son point d'aboutissement : dans l'aménagement de ce droit, l'une ou l'autre des directives précédentes sera utilisée (6). Mais est-il possible qu'en jurisprudence, et à défaut de texte, cette solution soit admise ? L'Italie a pu le faire en généra-

(4) Stephen's Commentaries, t. III, p. 35-311. — Rail and Canal Traffic Act 1854, et Carrier Act 1830. — V. d'ailleurs Wade et C^o. London and North Western Rail C^o 1921, I. K. B. 582. — La signature imprimée « at top » est suffisante.

(5) Cass., 19 novembre 1929, Garman Steamers Dagjborg : Gaz. Pal. 1929, 2, 1009 - Dor Sup. 8, 1. — La pression résultant de circonstances économiques ne constitue pas une violence morale : Demogue, Oblig., V, n. 311 ; — et Cass., 26 mars 1928 : D. H. 1928, 270 - Scm. Jurid. 1928, 714 - Rev. Trim. 1928, 671, note de M. Demogue.

(6) Colin et Capitant, Dr. Civ., II, p. 13.

On observera d'ailleurs qu'en fait les chargeurs et expéditeurs préfèrent toujours recourir au tarif contenant la clause de non-respon-

lisant la réglementation du transport terrestre, mais encore est-il douteux que ce procédé soit correct. En France, une telle solution ne peut être acceptée : il faudrait en effet, auparavant, renoncer à la construction faite sur le contrat d'adhésion, dont la valeur équivaut à celle du contrat librement discuté : ce n'est qu'en soumettant le premier aux conditions générales des contrats que la jurisprudence a rejeté toute une série de clauses d'exonération, en les considérant comme n'ayant pas été acceptées.

Bien plus — et pour suivre la théorie italienne — il faudrait veiller à ce que le créancier, refusant l'application de la clause d'exonération, ne se voie pas imposer des tarifs tellement exorbitants que, par un procédé détourné, sa volonté soit encore brimée. Mais alors, et à n'en pas douter, ce que l'on veut réaliser est l'absence de lésion du créancier, ce que l'on veut instituer est un contrôle du juge sur les prestations réciproques des parties. Quand on place le problème sur ce plan, c'est une solution législative qui doit lui être donnée. L'interprète doit s'arrêter devant la fermeté du droit actuel qui interdit une telle recherche.

161. — On s'est pourtant efforcé de déplacer la difficulté et de discuter la valeur du consentement du créancier, non plus en niant que celui-ci existe, mais en soutenant qu'il manquerait de cause (1). L'obligation du créancier serait sans contre-partie : le contrat serait vicié parce que l'une des parties ne retrouverait pas l'é-

sabilité et exigent rarement celui qui admet la réparation intégrale du dommage (V. pour les anciens tarifs spéciaux des chemins de fer auxquels étaient soumises 70 % des expéditions : Arbelet, *op. cit.* p. 9. — Pour le droit maritime et le connaissance double, G. Ripert, *Dr. Marit.*, II, n. 1799, 3^e éd., p. 758).

(161 - 1) P. Esmein, *op. cit.*, p. 323. — Planiol, Ripert, Esmein, *Tr. prat.*, VI, n. 400. — P. Esmein, note D. P. 1929, 1, 124 *in fine*.

quivalent de ce qu'elle apporte à son cocontractant. On voit encore ici l'avantage du procédé par lequel le débiteur offre à son créancier le choix entre deux types de contrats, l'un contenant l'exonération et l'autre admettant la responsabilité intégrale. Il ne permet pas seulement de présumer la réalité du consentement, mais aussi de prouver qu'il est bien « causé », qu'il existe une contre-partie suffisante (2).

Cette nouvelle idée est extrêmement voisine de la première, parce que le terme de cause est entendu dans un sens objectif et comme désignant la prestation fournie par le débiteur. On la fait ainsi coïncider avec l'absence de lésion (3). Dans tout contrat le juge devrait rechercher si l'équilibre des obligations se trouve réalisé. Une telle solution ne peut être admise. Sans doute, et si une partie ne promet pas d'apporter un minimum de diligence à l'exécution du contrat, il peut y avoir destruction du lien obligatoire, mais il n'est ici rien de tel. L'engagement est pris — par hypothèse — loyalement, exécuté loyalement, mais une négligence se produit au cours de l'exécution, dont le débiteur entend s'exonérer. L'obligation du débiteur ne disparaît pas plus que la volonté du créancier d'obtenir l'exécution de la prestation promise (4). La Cour de cassation d'Italie a, de façon très nette, indiqué que si la clause d'exonération consistait à donner au transporteur le droit de détruire la chose à son gré où de la rendre quand il lui plairait, sa nullité ne ferait pas de doute. La portée de la clause d'exonération est différente, et la seule question est de savoir, si le créancier ne peut renoncer à poursuivre le débiteur au cas où celui-ci

(2) Rapp. Civ., 31 juillet 1888 : S. 88, 1, 465.

(3) Cpr. la note de M. F. Génv, P. fr. 1900, 1, 241, sous l'arrêt Goutière

(4) G. Ripert, *Limites de la liberté contractuelle*, p. 381. — De Harven, *op. cit.*, p. 228, 239.

commettrait une faute *involontaire* dans l'exécution de son obligation (5).

D'ailleurs — et quand il s'agit de la clause limitative — on ne discute pas de sa validité parce que le juge n'a pas à apprécier si la cause est suffisante dès qu'il s'agit de valeur pécuniaire et que celle-ci n'est pas dérisoire. On dit alors « qu'il convient de laisser les gens libres de régler et de défendre leurs intérêts comme ils l'entendent », « qu'il ne faut pas mettre les majeurs en tutelle », « qu'il est bon que chaque individu sache que la sauvegarde de ses intérêts dépend surtout, sinon uniquement, de sa propre vigilance ». Cette justification doit être généralisée à tout l'édifice contractuel. La clause limitative n'est pas plus librement acceptée, pas plus juste que la clause d'exonération de responsabilité. Elle l'est même beaucoup moins puisque la démonstration d'une faute quelconque permet en ce cas au créancier d'obtenir réparation intégrale alors que le montant de la clause limitative, si infime soit-il, pourvu qu'il ne soit pas dérisoire, constitue le maximum des dommages-intérêts. Et d'ailleurs le montant de l'in-

(5) Cass. Rome, 28 février 1923 : Dor. 7, 368.

Il est donc possible de négliger l'argument présenté contre la validité de la clause considérée comme constitutive d'une condition purement potestative. Cette idée fut d'ailleurs surtout développée lors des premières luttes contre les clauses (Robin, T. Paris, 1897, 177 et s). Seules certaines décisions (Com. Bordeaux, 8 avril 1927; — et Com. Marseille, 31 mai 1927 : Gaz. Pal. 1927, 2, 303, la première cassée par Cass., 19 novembre 1929, Garman; — et Gênes, 22 novembre 1923 : Dor. 6, 407) et de rares auteurs (J. Bonnecase, Sup. Baudry-Lacantinerie, t. II, n. 359) la considèrent comme contraire à l'essence de tout contrat, sous le prétexte qu'il y aurait désarticulation de celui-ci dans le fait de supprimer les obligations de l'une des parties et de maintenir celles de l'autre. M. Bonnecase parle de notion contradictoire, de monstruosité juridique.

Il n'est rien de tel en réalité : les obligations du débiteur dans l'exécution du contrat n'étant en rien affectées par la clause.

demnité ne fait rien à l'affaire, car le reproche d'absence de cause dans la clause d'exonération signifiait surtout que le débiteur pouvait ne pas exécuter à son gré, et que jamais l'on n'a reconnu un tel effet à la clause d'exonération (6).

Au surplus, les conséquences de l'absence de cause dans le contrat sont également discutables.

Dans un contrat à titre onéreux, l'absence de cause devrait entraîner la nullité du contrat. En vain soutiendrait-on qu'il faut interpréter l'intention des parties et, donnant à la convention, en présence de deux sens possibles, celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, admettre dans ce cas l'effet de modification des règles d'exonération (7). Cet argument était celui que l'on invoquait pour combattre la jurisprudence de la Cour de cassation, sur la nature du droit de retour légal de

(6) Cass., 19 novembre 1929, Garmann, précité. — Cass., 2 novembre 1893 : Rev. Int. Dr. Mar., 1892-93, 656.

(7) V. P. Esmein, *op. cit.*, p. 324. — Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., t. VI, n. 400. — Le système dégagé consisterait à imposer au débiteur la preuve de son absence de faute. Les auteurs qui paraissent admettre que le débiteur peut s'exonérer par ce moyen en droit commun de sa responsabilité, (Crouzel, Rev. gén. Dr. 1926, 78. — Lalou, D. P. 1927, 2, 26, 1^{re} col. et même Aubry et Rau, t. V, 5^e éd., § 308 *in fine*. — V. Wahl, Dr. civ. de la guerre, t. II, p. 7) pourraient objecter que la clause d'exonération ne modifie dans ce cas en rien la condition du débiteur. L'argument serait de peu de valeur, puisque seules la force majeure, la faute du créancier, libèrent le débiteur.

La seule objection que l'on puisse présenter — mais elle est décisive — est que l'on ne peut substituer une convention valable à une autre entachée d'illicéité, si la volonté des parties de réaliser un acte prohibé est nettement affirmée, ce qui serait le cas pour une clause de non-responsabilité.

La déformation de la convention est encore plus nette dans un essai présenté par M. Crouzel (Responsabilité contractuelle, Rec. Acad. Lég. Toulouse, 1929, 42) qui justifie le renversement de la preuve dans le système de la Cour de cassation, parce que les parties

l'ascendant donateur. On tentait de même alors, en analysant la volonté des parties, de faire sortir du contrat de renonciation au droit de retour un acte juridique autre, qu'un pacte sur succession future frappé de nullité, et M. Gény montra avec une grande pénétration pourquoi il est impossible de faire une pareille analyse (8). L'argument tiré des articles 1156 et 1157 C. civ. ne peut, en effet, pas plus être accueilli dans ce cas que dans le nôtre. Ces articles marquent simplement que si l'intention des parties est ambiguë, leur volonté peut être interprétée, et que si une interprétation amenait à établir un contrat absurde ou nul, on l'a doit rejeter. Mais il est impossible d'opérer ainsi en présence d'une volonté formelle, non équivoque, allant à l'encontre d'une règle aussi impérative que celle de la cause.

La seconde conséquence de la théorie ne semble pas être davantage retenue. La clause de non-responsabilité devrait être pleinement validée quand un service gratuit est rendu (9) au créancier.

Ainsi énoncée, cette proposition est à tout le moins trop générale, car elle n'arrive à légitimer que les situations dans lesquelles, *en contrepartie de la clause*, le service est rendu gratuitement. Toutes celles qui présentent un caractère gratuit dès la naissance des relations juridiques, ne peuvent bénéficier de cette atténuation de responsabilité. En dehors de ces hypothèses, la jurisprudence ne fait d'ailleurs aucune distinction entre les clauses d'exonération, qu'elles soient stipulées

auraient pu expressément en convenir. Le recours aux articles 1156-1157 ne permet pourtant pas de refaire la convention des parties.

(8) F. Gény, note P. fr. 1903, I, 497, sous Ch. réunies, 2 juillet 1903.

(9) P. Esmein, *op. cit.*, p. 325.

dans des actes à titre onéreux ou dans un acte au caractère gratuit.

Comment peut-il en être autrement ? Si l'on entend par cause l'avantage matériel que le cocontractant doit retirer de l'exécution de l'obligation, et si l'on admet, qu'est seul causé le contrat dans lequel un équilibre existe entre les contre-prestations, les contrats passés à titre gratuit devraient être déclarés nuls puisque le débiteur ne retire aucun avantage du service rendu. De sorte que, si la clause se trouve validée du point de vue du créancier, on doit lui dénier toute valeur en considérant la condition du débiteur.

Ce résultat seul fait douter de l'exactitude du point de départ de la théorie. Dès que le créancier impose à son débiteur des obligations et entend que l'exécution en soit faite correctement, le contrat a sa cause et doit recevoir effet (10).

162. — Ce n'est donc ni au moyen des notions de consentement, de cause, d'obligation sous condition potestative (1) que peut être résolu le problème. Cette première difficulté doit donc être éliminée. Même sur le terrain technique, nous nous trouvons ramenés à l'opposition qui était apparue, dès le début de ce chapitre, entre la liberté des conventions et l'ordre public : la clause d'exonération, que le principe de la liberté des conventions devrait faire valider, ne tombe-t-elle pas sous le coup d'une disposition d'ordre public ? N'est-il pas illicite d'acquérir le droit de mal agir ?

Un tel raisonnement contient une erreur certaine, car le débiteur, grâce à la clause, ne peut commettre un acte intentionnellement nocif. Il ne peut même pas, ainsi

(10) V. H. Capitant, Cause des oblig., 3^e éd., n. 1, p. 17 à 21, et n. 26, p. 65; — et Cass., 19 novembre 1929, Garmann, précité.

(162 --1) V. *supra*, n. 161, note 5.

qu'on le verra par la suite, lors de l'analyse de la notion de faute lourde, se relâcher de sa diligence habituelle : il est simplement à l'abri de toute responsabilité s'il commet une faute involontaire. L'illicéité qui serait certaine si l'on se réservait le droit de mal agir de propos délibéré, ne se retrouve pas quand on veut se prémunir d'un risque. De ce point de vue, l'assurance et la clause d'exonération sont dans une certaine parenté.

163. — La précision qui vient d'être apportée permet de négliger, comme étranger au problème de la validité de la clause d'exonération, l'article 1134 C. civ. qui oblige le débiteur à exécuter le contrat de bonne foi. La clause ne lui permet en rien de se soustraire à ce devoir, mais ce n'est pas manquer à la bonne foi que de commettre involontairement une faute.

164. — Soutiendra-t-on avec la Cour de cassation qu'il est immoral de s'affranchir de la réparation des conséquences de ses actes dommageables ? Mais, par la clause, le débiteur n'est pas autorisé à commettre un acte illicite, et d'ailleurs, même dans ce cas, la convention changerait de sens et n'aurait rien de répréhensible, car un individu peut autoriser un autre à porter atteinte à son patrimoine. Au surplus, la morale n'impose au for interne que la réparation d'une faute *intentionnelle*. Ainsi que l'a écrit M. Dabin, qui a jeté des vues très sûres sur ces questions frontalières entre le droit et la morale : « Voilà la faute qui, seule, engendre réparation : la faute morale, théologique, le péché — conscient, délibéré — d'injustice » (1). Mais, « lorsque le volontaire libre n'a point présidé au geste dommageable, la responsabilité est nulle, et le dom-

(164 - 1) J. Dabin, Philosophie de l'ordre juridique positif, n. 151, p. 523.

mage causé par le simple fait de l'homme restera sans réparation : ainsi, par exemple, lorsque le geste a été posé involontairement, par mégarde, ou lorsque l'omission a eu lieu par oubli..., ou encore lorsque les suites funestes du geste ou de l'omission n'ont point été entrevues, même confusément » (2). « Même lorsque l'acte dommageable a été commis par imperfection de conscience ou de délibération, les moralistes repoussent généralement l'obligation de réparation » (3). Sans doute ne s'agit-il là que de morale, et le droit peut-il et doit-il avoir une conception plus large de la responsabilité, mais si l'on attaque la clause d'exonération comme immorale, n'est-il pas nécessaire de rappeler la position de cette discipline ? (4)

La clause d'exonération ne met en jeu que de purs intérêts économiques : la suppression des dommages-intérêts est étrangère à tout problème moral (5).

165. — La clause doit donc être validée et produire ses effets. Comment en douter d'ailleurs, puisque la licéité de la clause de détermination des obligations a été précédemment reconnue. Elle présente pourtant un caractère anormal beaucoup plus grand puisque, dans ce cas, le débiteur peut volontairement refuser d'apporter un soin déterminé à l'exécution de son obligation.

Non seulement l'opération est, en fait, plus grave, mais elle implique dans la mesure même où cette limitation des obligations est licite, la possibilité pour le débiteur de s'exonérer de certaines de ses fautes. Si l'on

(2) J. Dabin, *op. cit.*, n. 152, p. 525.

(3) J. Dabin, *op. cit.*, n. 151, p. 524.

(4) Cpr. sur un plan tout à fait différent : Boutaud, *op. cit.*, n. 132, p. 231.

(5) V. la note 4, p. 684, de M. G. Ripert, *Dr. Mar.*, t. II, n. 1737 bis.

fait croître lentement les obligations du débiteur, on voit se trouver peu à peu, appréhendés et sanctionnés par le droit comme constitutifs de fautes, des faits qui antérieurement n'engageaient pas la responsabilité. Et puisque, par suite de l'extension des obligations, sont relevés des faits dont le caractère immoral est de moins en moins net, il en résulte une échelle de la gradation des fautes qui est avec la première donnée dans un rapport nécessaire. La classification des fautes contractuelles découle ainsi des modifications possibles à l'étendue des obligations. La critique adressée à la théorie de la diverse gravité des fautes se retourne ainsi contre elle-même.

En présence de ces deux considérations : licéité d'une opération plus dangereuse d'une part, et, d'autre part, légitimité de l'exonération sur le terrain technique, puisque la classification des fautes n'est pas à rejeter (1), il est possible de reconnaître la validité de la clause d'exonération, dans la mesure de la faute légère en matière contractuelle, aussi bien que délictuelle. Du moment que l'on n'admet pas que l'art 1382 ne présente un caractère d'ordre public, cette dernière solution s'impose en effet. Sans doute aperçoit-on mal tout d'abord, en matière délictuelle, une gradation possible des fautes, puisque la faute la plus légère est, sur ce terrain, susceptible d'engager la responsabilité. Il n'en reste pas moins que l'appréciation morale de la gravité de la faute y est aussi concevable et peut-être même davantage qu'en matière contractuelle. L'argument tiré de la délimitation des obligations pourrait d'ailleurs être repris. On conçoit qu'en l'absence de relations particulières, le législateur ait imposé à chacun une vigilance extrême (et encore faudrait-il noter qu'il n'en est pas ainsi et que nos devoirs sont plus ou moins

(165 - 1) G. Ripert, *Limites de la liberté contractuelle*, p. 384-385.

étendus selon la personnalité d'autrui). Mais, entre eux, les particuliers peuvent modeler ces obligations et, dans cette mesure s'affranchir également de toute responsabilité. L'exonération de la faute légère doit donc être maintenue, mais on ne peut aller plus loin, bien qu'on ait tenté de le faire.

166. — Il ne peut y avoir de difficulté pour le dol (1). On repousse à la presque unanimité la possibilité d'exonération en ce cas, et l'on en donne la raison, présentée par Boutaud et généralement acceptée, que l'obligation serait contractée sous condition potestative, qu'elle serait ainsi illicite. L'argument est satisfaisant si l'on envisage une clause qui donnerait *ab initio* au débiteur le droit de ne pas exécuter à sa guise : mais on ne résoud pas la difficulté quand la clause d'exonération est muette sur le dol. La limitation de la portée de la convention par la volonté des parties suffit à prohiber en ce cas l'inexécution volontaire (2) et d'ailleurs l'art. 1134 C. civ. sur la bonne foi nécessaire du débiteur suffit pour poser cette règle. Un seul auteur, M. Grandmoulin, a tenté de justifier l'exonération du dol, en confondant la convention qui l'autoriserait et celle par laquelle un individu reconnaîtrait à un autre le droit de causer un dommage à ses biens (3). Faut-il noter

(166-1) Sur l'impossibilité de s'exonérer du dol, V. Boutaud, n. 128-129. — Labbé, Ann. dr. com., 1886-87, I, p. 185 et s. — Sarrut, note D. 1890, 1, 209. — Fromageot, *op. cit.*, p. 206 et s. — Chavegrin, note S. 1904, 1, 327. — Josserand, n. 624. — Tissier, Rev. Trim., 1905, 331.

Le terme de dol a en ce cas une signification différente de celle dans laquelle on entend le dol dans la conclusion du contrat : l'idée de tromperie en est absente (V. Josserand, Transports, n. 617, p. 591, et note 3).

(2) Cass. b., 23 novembre 1911 : Belg. Jud. 1911, 65. — Rapp. la note de M. Hugueney, S. 1915, 1, 113.

(3) Grandmoulin, Th. Rennes, 1891, p. 65 et s., particulièrement,

encore une fois combien cette dernière situation est différente de la première ? D'abord, l'observation de M. Grandmoulin perd tout son sens quand le contrat ne porte pas sur les biens d'autrui, et de pareilles conventions sont fréquentes. Mais même en ce cas, il est possible de distinguer entre ce qui est la collation du droit d'abus et l'inexécution dolosive du contrat. Il n'est pas difficile d'ailleurs de prouver l'indépendance des deux stipulations : si la clause d'exonération permettait un acte intentionnellement nocif, la jurisprudence n'hésiterait pas à annuler la convention quand elle porte sur la personne : une atteinte délibérée au corps humain serait jugée illicite. La Cour de cassation n'a pas eu, au contraire, de scrupule à admettre formellement, les clauses d'exonération dans le transport aérien de personnes, déclarant, qu'avant même la loi de 1924, et d'après le seul droit commun, cette convention devait produire effet.

167. — Si l'on ne peut ressentir d'hésitations quand il s'agit du dol, par contre la faute lourde fait plus de difficultés et certains auteurs (1), quelques décisions de jurisprudence (il est vrai rendues au sujet du contrat de renseignements, et inspirées par l'idée que l'auteur n'est responsable que de son dol) ont admis l'exonération possible de la faute lourde, avant que son assimilation au dol ne soit reconnue légitime. Non seulement les précédents romains paraissent discutables (2), mais ni moralement ni juridiquement cette faute ne

p. 68. — V. pour sa critique, Demogue, *Oblig.*, V, n. 1192. — Aubin, *op. cit.*, p. 96 et s.

(167-1) Meigné, *op. cit.*, Th. Lille, 1924, p. 82. — Boutaud, *op. cit.*, n. 130, p. 120, sont favorables à l'exonération de la faute lourde.

(2) V. F. Girard, 8^e éd., p. 695. — De medio Bull dell' Instit. dir. Rom., 1905, 5 et s.

présente les caractères du dol (3), caractères qui empêcheraient le débiteur de pouvoir s'en affranchir.

La non-exonération de la faute lourde ne saurait néanmoins faire de doute et deux raisons permettent de justifier cette assertion.

Le rapprochement qui s'impose avec les clauses limitatives de la diligence du débiteur permet de tirer un argument du texte des articles 1137, 1928, 4°; 1302, 1927; 1992, al. 2 C. civ. Sans doute visent-ils une hypothèse différente des clauses d'exonération, mais puisqu'elle a autorisé les parties à modifier le contenu de l'obligation, la loi a bien accordé une immunité complète pour tout ce qui se trouve en dehors, et pour certaines fautes. Or, la loi indique toujours comme limitation à la liberté des parties la faute lourde dont le débiteur reste toujours tenu. De même que, sur le plan de la détermination des obligations, le débiteur ne peut

(3) Ostende, 18 novembre 1897 : Bull. Tr. 1898, 333. — Cahen-Fuzier, *L'influence du dol et de la faute lourde*, Th. Paris, 1903 [17] n. 52 et 53.

Plusieurs textes au moins 1150 C. civ, 105 C. com. (Cass., 8 novembre 1893 : D. P. 94, 1, 167 - S. 94, 1, 188) L. 13 juillet 1930, repoussent cette assimilation. Selon l'angle sous lequel on considère la faute lourde, son assimilation au dol est ou non justifiée (V. pour l'assimilation dans l'exercice des actions en justice : Civ., 30 juillet 1930 : Bull. Tr. 1930, 130 - Gaz. Pal. 1930, 2, 580. V. Doneau, *Com. Jur. civ.*, L. XVI, C. 7, § 11, p. 171 : « *Proprietate verbi et genere facti non est dolus*, interprétation *facti et effectu juris dolus est* »). — Aubry et Rau, t. IV, § 309, p. 190 et note 7 bis. — Thaller, *Ann. Dr. com.*, 1886-87, p. 256. — Bouteaud, *op. cit.*, 7. — Fromageot, *op. cit.*, p. 12. — Mussatti, note sous Trib. Milan, 5 août 1911 : Riv. Dir. Com., 1911, 2, 1066, ont vivement critiqué cette assimilation, qui se trouve justifiée, car le dol et la faute lourde, par certains côtés, ont des traits communs; des législations telles que le droit allemand, qui pour le fait personnel ont admis l'exonération du dol, l'ont entendu dans un sens si large avec la notion de dol éventuel (ou de dol conditionnel) que l'on se retrouve en fait dans une situation voisine de celle du droit français.

se réserver le droit de commettre impunément des fautes lourdes car il y aurait destruction du lien obligatoire; de même, et sur le plan des clauses d'exonération, et pour une raison à peine différente, on considère qu'il est un minimum de diligence dont doit faire preuve le débiteur.

Ces idées se précisent encore, et la non-exonération de la faute lourde apparaît aussi justifiée si l'on tente d'en analyser la notion.

Il est assez difficile d'en trouver la formule dans les arrêts de la Cour de cassation, assez incertaine sur ses droits de contrôle relativement à l'appréciation de la gravité de la faute (4). Si elle n'en donne pas de définition, on notera pourtant, qu'elle exerce presque toujours un certain droit de regard, en relevant que « les juges du fond concluent à bon droit des faits constatés à la gravité de la faute ». Plus encore, par certains arrêts, elle a cassé, en matière de clauses limitatives de responsabilité, des décisions qui avaient reconnu la gravité d'une faute « sans faire de constatations suffisantes permettant à la Cour de cassation d'exercer son contrôle » (5). Il est donc un minimum de motifs que les juges doivent donner de leur appréciation de la faute.

S'il n'est pas possible de trouver de définitions très précises, dans les arrêts de la Cour suprême (ce qui se produira un jour, sans doute, étant donné l'importance de cette notion et des effets qui y sont attachés) (6), on peut, tout au moins, relever dans la jurisprudence des

(4) V. G. Marty, Distinction du fait et du droit, n. 128, p. 243, note 1.

(5) Civ., 25 février 1931, C^{ie} des Messageries Maritimes c. Chauloub : Gaz. Pal. 23 avril 1931. — V. également, Req. 24 avril 1928 : Gaz. Pal. 1928, 2, 214 - S. 1928, 1, 258.

(6) V. G. Marty, *op. cit.*

tribunaux et des cours certaines idées dont semblent s'inspirer les juges. Etant donné les circonstances de la cause, on peut, à coup sûr, prévoir à quels signes les juges du fond reconnaîtront la gravité de la faute. L'analyse révèle que la faute lourde n'est pas seulement « celle que l'homme le plus stupide ne commettrait pas » et qui fait présumer le dol : cette notion recouvre des idées beaucoup plus variées.

Tout d'abord — et ici se marque bien le lien qu'il y a entre la gravité de la faute et l'étendue des obligations — la faute est traitée comme lourde quand les obligations du débiteur ont été rendues très strictes. Plus le créancier s'est montré exigeant, plus les tribunaux qualifient sévèrement la gravité de la faute. Le fait est particulièrement net pour les transports internationaux dans lesquels, aux termes de la Convention de Berne, le transporteur se trouve exonéré de sa faute légère. Quand l'expéditeur a exprimé sa volonté de voir exécuter le transport, en grande vitesse ou avec déclaration d'intérêt à la livraison, un retard qui, de droit commun, ne serait constitutif que d'une simple faute légère, devient une faute lourde (7). Le même trait se retrouve dans la jurisprudence de guerre, rendue à l'occasion d'un arrêté du 1^{er} novembre 1914, qui avait également restreint à la faute lourde, la responsabilité de certaines compagnies de chemins de fer (8).

(7) Trib. sup. Colmar, 29 novembre 1922 : Rev. Jur. Al.-Lorraine, 1922, 61. — Paris, 2 décembre 1924, Clunet, 1926, 419. — Req., 30 novembre 1896 : Bull. Tr. 1896, 268. — Cass., 23 juillet 1903, Clunet, 1904, 717. — Com. Seine, 24 mars 1927 : Bull. Tr. 1928, 11. — De même, les manquements à l'obligation de délivrance, obligation essentielle du contrat de transport constituent invariablement une faute lourde (Cass. req., 3 novembre 1925 : Clunet, 1926, 994 - B. Tr. 1926, 9, et la formule de l'arrêt — Paris, 23 mars 1929 : Bull. Tr. 1930, 9 - Gaz. Pal. 1929, 2, 129 - Gaz. Trib. 1^{er} août 1929).

(8) Sur cet arrêté, sur l'arrêt du Conseil d'Etat, 1^{er} août 1919,

De même encore, en matière cambiaire, la vigilance de la banque doit être d'autant plus grande que la somme à verser sur présentation de l'effet de commerce est elle-même plus importante.

D'un point de vue un peu différent, la détermination de la faute dépend de ses effets sur l'inexécution de l'obligation, et de la gravité de l'atteinte portée aux droits du créancier. Dans le contrat de transport, le retard est généralement considéré comme constitutif d'une faute légère. Mais, entraîne-t-il la détérioration de la chose ? il devient une faute lourde (9). De même en est-il quand une atteinte est portée à la personne. Il est juste, ainsi que le note M. de Harven, que la gravité de la faute soit en rapport avec l'importance sociale de l'obligation violée : au premier rang de ces obligations se trouve celle de respecter la vie et l'intégrité physique des individus. Au cas d'atteinte portée à la personne, la faute sera toujours qualifiée grave par le juge (10).

Une troisième idée déjà plus fine se dégage aussi — et il semble bien que ce soit la forme moderne sous laquelle réapparaît l'ancienne idée de « stupidité et de négligence extrême » (11) — c'est que la gravité de la faute est en relations avec les moyens que le débiteur

Vion et fils, qui l'a validé, V. J. Escarra, *La responsabilité des compagnies de chemins de fer pendant la guerre en raison des transports commerciaux* : Ann. Dr. com., t. 29-30 (1920-21), p. 51 et s.

(9) Civ., 12 avril 1923 : Clunet 1924, 1033. — Com. Seine, 1^{er} août 1894 : Lamé Fleury 94, 230. — Paris, 2 décembre 1924 : Clunet 1926, 419. — Bordeaux, 27 novembre 1902 : Clunet, 1904, 955. — Lyon, 18 juillet 1902 : Clunet, 1903, 656. — Aix, 9 juillet 1925 : Dor. sup., 3, 754.

(10) Lyon-Caen et Renault, t. II, 715. — Boutaud, *op. cit.*, n. 330. — Bordeaux, 1^{er} mars 1927 : Dor. 15, 430.

(11) V. sur la transformation des notions de dol et de faute lourde du fait que les débiteurs ne sont plus des particuliers, mais des personnes morales, Cahen-Fuzier, *op. cit.*, p. 41.

possède d'exécuter son obligation, avec la perfection de son organisation. Telle négligence, que l'on ne relèverait pas de la part d'un particulier, apparaît grossière quand elle est commise par une agence commerciale; l'évolution de la jurisprudence est particulièrement nette pour le contrat de renseignements (12). Le fait est d'autant plus remarquable, que l'on peut noter en sens inverse, que le développement d'une activité augmente les chances d'erreur et les occasions de responsabilité, et que l'on eût pu en déduire une certaine atténuation dans la gravité de la faute (13). L'idée n'est pas admise par la jurisprudence, qui semble au contraire vouloir faire épanouir le principe qu'elle consacre, en admettant que toute faute professionnelle est lourde, puisque le débiteur se trouve, par hypothèse dans la meilleure situation possible pour exécuter l'obligation. Seuls pourraient commettre des fautes légères les particuliers ou les entreprises encore mal organisées ou imparfaitement au point techniquement, comme les transports aériens (14).

Le terme de faute lourde paraît encore recouvrir une dernière notion, la plus curieuse peut-être, du point de vue juridique. Il y a faute lourde de la part du débiteur quand celui-ci, se sentant protégé dans son activité par la clause, et sans commettre toutefois de faute intentionnelle, se relâche pourtant de sa diligence habituelle. Pendant très longtemps l'idée est apparue surtout en matière d'assurances (15), où la jurisprudence, jusqu'à

(12) L. Hugueney : S. 1915, 1, 113 et la note de May sous Nancy, 3 juillet 1878 : S. 78, 2, 249 - P. 78, 1007.

(13) Arbelet, *op. cit.*, p. 23. — Jacob, p. 158.

(14) V. les motifs de Cass., 11 février 1931, C¹^e Franco-Roumaine c. Lefils : Gaz. Pal., 20 mars 1931.

(15) S. 1876, 1, 337. — E. H. Perreau, 1882, 1, 245, note sous Cass., 18 avril 1882. — Stefani, *op. cit.*, p. 76 à 83, 92 à 95 — V. de même pour la notion de faute inexcusable, Sachet, *Acc. Trav.*, t. II.

la loi de 1930, opérait une distinction entre la faute lourde et la faute légère. Si certains arrêts avaient confondu la faute lourde et le dol (16), si l'unité de la jurisprudence ne fut jamais parfaite, puisque la Cour de cassation reconnaissait aux juges du fond un pouvoir souverain (17), il se dégagait néanmoins l'idée, qu'est constitutive de faute lourde celle que l'auteur du dommage n'aurait pas commise s'il n'eût été assuré. De même pour les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, si le débiteur se relâche, en fait, de la diligence à laquelle il est tenu, il commet une faute lourde (18). Dans certains cas, lorsque la négligence est consciente et volontaire, accompagnée de la conscience qu'elle occasionnera un jour un dommage, on peut se trouver en présence d'un dol éventuel, mettant certainement obstacle à l'application d'une clause d'exonération (19).

Enfin, la jurisprudence italienne (20), suivant en cela les précédents romains (21), a reconnu l'existence d'une faute lourde, dans le fait, pour un débiteur, de

n. 1439. — Rouen, 24 mars 1930 : Gaz. Pal. 1930 - Som. 2, 64. — Dijon, 4 mars 1930 : Gaz. Pal. 1930, I, 818. Et pour la faute lourde dans la Convention de Berne : « Lorsque l'agent du chemin de fer, tout en manquant de l'intention dolosive, a eu la conscience du risque qui se lie à son mode d'agir et néanmoins continue d'agir de cette manière. » (Vivante, t. IV, trad. J. Escarra, n. 2188, p. 863).

(16) Lyon, 15 février 1882 : S. 82, 2, 247. — Dijon, 27 mars 1882 : S. 83, 2, 201.

(17) Cass., 18 avril 1882 : S. 82, 1, 245. — *Id.* 11 juillet 1905 : Rec. Per. 1905, 399. — Par contre, la jurisprudence récente (Cass., 15 janvier 1929 : D. H. 1929, 204 - Rec. Per. 1929, 273) exige que soit donnée par les juges l'indication des éléments nécessaires pour apprécier le degré de gravité de la faute.

(18) Arlon, 10 mars 1902 : Pas. 1903, 3, 222. — Boutaud, *op. cit.*, n. 5 et 193. — Desmazières, *op. cit.*, 24. — E. H. Perreau. — De Harven, *op. cit.*, 230).

(20) V. *supra*, n. 64 et note 1.

(21) Celsus, D. 16, 3 — Dep. 32.

moins bien traiter les affaires d'autrui que les siennes propres.

La faute lourde n'apparaît donc pas comme une de ces notions fuyantes « dont il conviendrait de délivrer une bonne fois le commentaire » et qui embarrassent la science juridique (22). Sans qu'on puisse en donner une définition précise, elle est néanmoins suffisamment nette en jurisprudence pour qu'en présence d'une espèce donnée, on puisse, à peu près à coup sûr, prévoir le caractère que le juge imprimera à la faute. Quelque soit son sens, il est en tous cas parfaitement légitime de l'exclure de l'exonération de responsabilité; il suffit d'ailleurs pour s'en convaincre de considérer les différentes acceptions que la jurisprudence lui donne (23).

168. — L'exclusion de la faute lourde et du *dol*, que l'on propose d'admettre, s'oppose à certains systèmes législatifs étrangers, qui admettent de façon plus large, l'exonération du débiteur.

Le Code civil allemand, par exemple, admet pour la responsabilité du fait personnel, l'exonération de toute faute qui ne comprend pas l'élément de « vorsatz » (§ 276 C. civ.), expression que l'on traduit généralement par le terme de *dol*. Il consacre de façon plus large encore l'exonération du fait d'autrui puisqu'il permet de s'affranchir du *dol* des préposés (§ 278 C. civ.). La com-

(22) Thaller, *Ann.Dr. Com.*, t. I, p. 256; — et préface Boutaud, p. IV.

(23) Il peut bien exister une certaine marge d'incertitude mais réduite. En tous cas, et depuis la loi de 1930, il est sans utilité de relever le danger qu'il y aurait à admettre l'exonération de la faute légère. Autrefois, disait-on, il suffisait au juge de déclarer que la faute était lourde, pour faire tomber la clause d'exonération et l'assurance éventuelle, cette seconde conséquence était particulièrement dangereuse. Aujourd'hui, le juge peut reconnaître la gravité de la faute sans que l'assurance cesse de fonctionner.

paraison entre le système proposé et celui du C. civ allemand doit être faite successivement de ces deux points de vue.

Quant à la faute personnelle, le droit allemand paraît être très libéral, puisqu'il ne pose à l'exonération d'autres limites que le dol. Il est pourtant significatif que la doctrine, la jurisprudence montrent des cas d'application peu nombreux de cette disposition. Ce fait s'explique vraisemblablement par l'acception très large du mot « vorsatz » que l'on traduit trop littéralement par dol. Le Code civil interdit l'exonération de tout acte intentionnel, soit qu'il ait été commis avec le dessein de porter préjudice, soit même que son auteur — sans en vouloir les conséquences — ait eu conscience de l'imprudence de son acte, et de la possibilité d'un dommage. Busch, par exemple, montre de façon très claire la compréhension de ce terme (1). La notion de dol est plus large en droit allemand qu'en droit français, et l'opposition des deux systèmes, très nette en

(168-1) Busch, Haffeld : *Bürgerlicher Gesetze Buch* plusieurs citations se rapportant à différents textes du C. civ. allemand traitant du dol : § 276, § 823.

« D'après la pratique établie, l'intention de produire un effet dommageable, ni le désir de cet effet ne sont constitutifs de la notion de dol. Il suffit que celui qui agit avec conscience sache que l'effet dommageable allait se produire et que, malgré cela, il détermine les conditions du dommage. Il a approuvé dans tous les cas l'effet qu'il prévoyait, il l'a voulu, même s'il n'a pu le causer. »

« Il suffit pour qu'il y ait responsabilité que l'auteur agisse avec la connaissance que son action peut causer un préjudice à autrui. L'effet [dommageable] est seulement probable ou même n'est pas voulu, l'auteur le désire pas, mais cherche à atteindre un but qu'il approuve et désire en sachant que l'effet [dommageable] peut se produire. »

Il en résulte que l'organisation commerciale d'une entreprise doit être correcte pour que les clauses d'exonération du fait personnel et du fait d'autrui puissent jouer (Averty, Th. Paris, 1905 [79] p. 149 et les auteurs cités.

théorie, s'atténue en pratique, puisque la faute lourde recouvre en France des situations dans lesquelles serait, outre-Rhin, relevé l'élément intentionnel. La doctrine allemande a rapproché cette notion en termes exprès de celle du dol éventuel qui connaît dans la science pénale allemande une grande fortune. Ce trait a été excellemment souligné par M. Hugueney, dans sa note sous l'arrêt Schimmelpfeng (2).

De même, c'est avec une extrême prudence, qu'il faut faire pour la responsabilité du fait d'autrui, ce rapprochement de droit comparé. D'un point de vue technique, aucune différence ne doit être faite en ce qui concerne les matières contractuelles, entre la responsabilité personnelle et celle de fait d'autrui. La solution du Code civil allemand qui autorise le débiteur à s'affranchir du dol de son préposé, apparaît donc comme mal venue. Toutefois, pour la juger sainement en pratique, il faut tenir compte des dispositions législatives d'inspirations diverses qui sont venues limiter ses dangers. Les Codes admettant largement l'exonération de responsabilité, commencent par exiger rigoureusement la preuve du consentement formel du créancier. Ils défendent, par exemple, au débiteur de s'exonérer par voie d'affiches — décision formelle pour l'hôtelier en Allemagne et en Suisse (3). D'autre part, ils interdisent formellement cette faculté dans certains contrats et pour des entreprises nommément désignées (C. com. allemand, 423 et suivants, pour les compagnies de

(2) L. Hugueney, S. 1911, 1, 113. — V. également, Averty, Th. Paris, 1905 [79] p. 150.

(3) C. civ. allemand, § 701. — C. suisse des Obligations, art. 489. — V. pour la France, la proposition de loi Antoine Borrel, du 5 février 1926, interdisant également de s'exonérer par voie d'affiches, ou de faire dépendre la responsabilité de conditions non spécifiées par la loi (J. Off. Doc. parl. Ch. Annexe 4226, 1927), et Bernis, Th. Bordeaux, 1930, p. 138 et s.

chemins de fer). Des textes généraux prohibent enfin l'exonération, comme le § 138 C. civ. allemand réprimant l'exploitation de la faiblesse d'autrui (4), ou l'art. 100, al. 2 C. civ. suisse des obligations, qui permet au juge, d'annuler la clause d'exonération (et dans la même mesure la clause limitative), quand elle est imposée par une entreprise concédée par l'autorité publique, ou quand le créancier est, lors de la conclusion du contrat, au service du débiteur, et soumis à lui par un rapport de dépendance. En ce cas le débiteur ne peut s'affranchir que de la faute légère de ses préposés, l'exonération du dol étant, au surplus, formellement interdite par le droit suisse.

169. — La plus récente jurisprudence belge montre d'ailleurs quelle serait dans la conception du droit positif français sur le lien obligatoire, les difficultés auxquelles aboutirait la reconnaissance d'une exonération plus large pour le fait d'autrui que pour le fait personnel en matière contractuelle. La jurisprudence belge qui soumettait l'un et l'autre cas aux mêmes règles, semble, par des décisions récentes, admettre la possibilité pour le débiteur de s'exonérer même du dol de ses aides, en soutenant qu'on ne peut lui reprocher leur faute comme faute personnelle. M. l'avocat général Soenens s'est efforcé de défendre cette théorie dans des conclusions présentées dans une affaire récente jugée par la Cour d'appel de Gand (1).

(4) Cf. Trib. Reich, 19 mai 1927 : Z. Gesamte Luftrecht, I, 297, qui écarte de façon formelle le § 138 du transport aérien; — et Landgericht Berlin, 3 mai 1923; — 14 avril 1928; — 14 juin 1927 : *cod. loc.*, I, 209, 208. — V. Busse, Die Lufversicherung. — H. Döring, Die Enthauptungsklausel in Luftverkehr in : Zeit.für das Ges. Luftrecht, I, p. 209 et s.

(169-1) V. conclusions de M. l'avocat général Soenens : Belg. Jud. 1929, 550.

Le motif invoqué précédemment contient une erreur certaine. Il est faux qu'en matière contractuelle, on considère le fait du créancier ou celui de ses aides : on ne regarde uniquement que l'obligation et son inexécution. Ainsi qu'il a été établi antérieurement, il y a assimilation absolue de l'une et l'autre responsabilités. Admettre l'inexécution dolosive de l'obligation au profit des préposés, c'est l'admettre juridiquement au profit du débiteur lui-même. Ce résultat est tellement fatal que M. l'avocat général Soenens, effrayé des conséquences de sa théorie, n'admet l'exonération du dol des préposés que « si elle n'est pas contraire à l'essence des conventions », c'est-à-dire « si la clause d'exonération de la faute lourde et du dol des préposés ne se trouve pas, en fait, selon les circonstances propres à chaque espèce, contredire la notion même de l'obligation que le contrat a précisément pour objet de créer, car l'engagement contracté par le maître ne pourra fort souvent se concevoir que comme une garantie que la prestation promise sera exécutée par ses préposés ». En deux arrêts, la Cour de Gand semble avoir refusé d'admettre cette théorie compliquée (2), elle la passe sous silence dans une première espèce où les circonstances de la cause n'imposaient pas de prendre parti sur la validité de la clause ; elle est plus incertaine dans la seconde, dans laquelle, bien que l'arrêt n'admette pas la théorie proposée, on trouve cette proposition, que « la validité d'une clause d'exonération ne saurait être reconnue si elle contredit la notion même d'obligation que le contrat a pour objet de créer », allusion possible à la théo-

(2) Gand, 28 février 1929, Etat belge c. Soc. Fours à coke de Zeebrugge : Belg. Jud. 1929, 547, dans laquelle la responsabilité de la compagnie fut engagée par le seul principe de l'interprétation restrictive de la clause ; — et du même jour, Gand : B. Jud. 1929, 556, Soc. anon. C^{te} générale des aciers.

rie de M. Soenens, mais qui pourrait aussi bien traduire l'impossibilité de s'exonérer de son dol ou de sa faute lourde.

Bien que cette tentative belge ne paraisse pas vouée au succès (3), et que le système des droits allemand ou suisse ne soit admissible en France, d'un point de vue pratique, qu'après une introduction parallèle des correctifs que ces deux législations ont apporté au principe général de l'exonération, et après reconnaissance de la similitude de traitements des responsabilités du débiteur et de ses aides — il est néanmoins curieux de noter ici encore que l'admission très large de l'exonération des faits des préposés repose toujours sur une confusion entre les responsabilités contractuelle et délictuelle. M. l'avocat général Soenens fonde, par exemple, sur l'art. 1384 la solution qu'il donne, et discute les idées de mauvais choix, de défaut de surveillance, de caution par le commettant de l'activité du préposé, de risque de l'entreprise, qui sont étrangères à la responsabilité contractuelle, dont la seule base est l'inexécution du contrat (4).

(3) V. toutefois, Gand, 28 février 1929 : B. J. 1929, 556; — et plus récemment, Com. Bruxelles, 18 juin 1930, Delhaise c. Etat belge : Rev. gén. Ass. et resp. 1930, 676, qui utilisent la formule « clauses contraires à l'essence même des conventions que le contrat a pour objet de créer » expression ambiguë, mais qui signifie seulement l'impossibilité pour le débiteur de s'affranchir de son dol ou de sa faute lourde (Belg. Jud. 1930, 550). V. J. Van Ryn, Les clauses de non-responsabilité, Rev. gén. Ass. resp. 1930, 703 et s., n. 16, l'application de cette idée à la responsabilité des professionnels.

(4) V. la même analyse présentée de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle par M. Cassvan, *op. cit.*, p. 345 et s. — Cass. Rome, 28 février 1923, Ditta Mangili : Dor, 7, 368. — V sur ce point les critiques de M. J. Van Ryn, *op. cit.*, n. 24.

Il est donc possible de passer rapidement sur l'examen d'une théorie curieuse qui tend à assurer l'exonération large de la responsabilité du fait d'autrui sous le prétexte qu'une faute lourde du préposé n'est souvent qu'une faute légère du commettant (Demogue, Oblig.,

170. — Pourtant une idée doit en être retirée : c'est que dans certains cas le créancier traite moins avec le débiteur et l'entreprise qu'il représente qu'avec un préposé particulier. Celui-ci possède alors un rôle prépondérant, dans l'exécution de l'obligation. La personnalité de l'aide efface en quelque sorte celle du débiteur lui-même qui passe au second plan. Il en est ainsi en matière maritime pour l'activité du capitaine : c'est avec lui que traitent les tiers, c'est lui qui signe les connaissements, embauche et commande l'équipage, qui a la direction du navire. Sa situation est, du point de vue contractuel, différente de celle d'un préposé ordinaire, et l'on comprend que la Cour de cassation ait validé de façon très large la négligence-clause. La lutte qui est menée contre cette convention s'explique peut-être de la même façon : par l'effacement des prérogatives du capitaine devant la puissance et l'influence des grandes compagnies de navigation modernes.

171. — S'il faut rejeter les systèmes législatifs ou les conceptions doctrinales admettant l'exonération de la faute lourde ou du dol, on trouve par contre, en droit comparé, un appui certain pour l'exonération de la faute légère, non seulement dans ces législations, mais encore dans les jurisprudences belge, italienne, et en partie, dans celle des tribunaux mixtes d'Egypte.

La jurisprudence belge s'est fixée avec beaucoup de netteté dans le sens de la validité des clauses d'exonération.

V, 1197). Cette idée est étrangère tant à la responsabilité délictuelle de l'article 1384, al. 5, qui repose non sur la faute du commettant, mais sur l'idée de cautionnement, de garantie des dettes délictuelles du préposé, qu'à la responsabilité contractuelle : le débiteur n'étant tenu qu'à raison de l'inexécution du contrat.

Si l'on trouve quelques anciennes décisions frappant les clauses de nullité (1) et si la Cour de cassation belge devait consacrer ce système en déclarant, que « l'on peut, par convention spéciale, restreindre les effets de sa responsabilité, mais qu'on ne peut l'anéantir d'une manière presque absolue, quand à l'origine se trouvent des faits fautifs... que le système de non-responsabilité annihilerait les garanties, favorisant une incurie d'autant plus dangereuse qu'il y a monopole » (2), dès 1877, la même juridiction reconnaissait le principe contraire, et admettait que les seuls faits dont les parties ne peuvent décliner la responsabilité sont ceux qu'entachent la mauvaise foi ou le dol (3).

La théorie devait ultérieurement se nuancer à plusieurs points de vue.

En matière maritime on allait reconnaître à la clause de négligence un effet absolu (4), même s'il s'agissait d'accidents causés à la personne, car la clause n'a pas pour objet la vie humaine sur laquelle elle est dépourvue de toute influence, puisqu'elle concerne simplement l'obligation de payer une indemnité pécuniaire, au cas d'accident ou de faute du transporteur (5).

Pour les autres clauses soit maritimes, soit terres-

(171 - 1) Com. Gand, Civ. Arlon, Pas. 1872, 1, 104, 73, 93 et 93; — et Com. Verviers, 5 octobre 1871, cassé par Cass., 30 mai 1872 : Pas. 72, 1, 283.

(2) Cass., 4 février 1870 : Pas., 70, 1, 200. — *Id.*, et du même jour : Pas. 70, 1, 199 - Belg. Jud. 1870, 261.

(3) Cass., 18 octobre 1877 : Pas. 77, 1, 399. — Cass., 26 octobre 1877 : Pas. 1877, 1, 406 - Belg. Jud. 1878, 868. — *Id.*, 27 décembre 1877 : Pas. 78, 1, 35.

(4) Cass., 14 février 1895 : Pas. 95, 1, 93, concl. Mesdach de ter. Kiele, Rev. Int. Dr. Mar. XI, 110. — Cass. 1885, 1, 27, concl. Mesdach de ter. Kiele, Belg. Jud. 1886, 135.

(5) Civ. Bruxelles 27 juillet 1905 : Pas. 1908, 3, 241 - B. J. 1908, 961 et s. et sur Appel, 12 mars 1910 : B. J. 1910, 449, Affaire du Navire école.

tres, la jurisprudence devait se fixer en ce sens, que le débiteur est exonéré de toute faute personnelle ou de celle de ses préposés, à condition qu'il ne s'agisse ni de dol ni de faute lourde.

L'arrêt de 1877 n'avait pas étendu à cette dernière l'impossibilité d'exonération. Il semble que ce soit un arrêt de la Cour de Bruxelles qui ait le premier fixé le principe nouveau (6). La Cour de cassation devait admettre l'assimilation en termes réservés (7), puis le faire formellement (8). La jurisprudence des tribunaux inférieurs s'est alors fixée dans le même sens (9). De très rares décisions discutent aujourd'hui l'assimilation (10). Dans la mesure de la faute légère seule, l'exonération est complète.

La jurisprudence belge présenterait ainsi une parfaite unité de lignes, si des jugements récents du tribunal de commerce d'Anvers n'y avaient jeté un trouble semblable à celui qu'a occasionné la résistance des tribunaux de commerce de Bordeaux et de Marseille à la jurisprudence de la Cour de cassation de France. Le Tribunal d'Anvers, repoussant la théorie traditionnelle, limitait la portée de la clause à un simple renver-

(6) Bruxelles, 7 juillet 1887 : Pas. 88, 1, 51 et la note.

(7) Cass., 22 février 1900, Schimmelpfeng : Pas. 1900, 1, 159 - Belg. Jud. 1900, 625 - J.-C. Fl. 1900, 205, n. 2203.

(8) Cass., 23 novembre 1907 : Pas. 1907, 1, 296. — *Id.* 23 novembre 1911 : Pas. 1911, 1, 556 - Belg. Jud. 1912, 65 - J.-C. Fl. 1911, 161, n. 3916. — Cassant Bruxelles, 4 novembre 1910 : Belg. Jud. 1910, 569.

(9) Bruxelles, 2 janvier 1906 : Pas. 1907, 2, 108. — *Id.* 11 décembre 1907 : B. J. 1908, 550. — *Id.* 14 mai 1913 : B. J. 1913, 753, avec l'avis de l'avocat général Delacourt, sur Civ. Bruxelles, 22 juillet 1912 : Belg. Jud. 1912, 993, avis subst. Richard. — Civ. Mons, 13 février 1914 : Belg. Jud. 1914, 825. — V. Ap. Liège, 8 mai 1921 : Belg. Jud. 1921, 458, qui ramène la clause à un pacte d'assurance.

(10) Bruxelles, 12 mars 1910 : Belg. Jud. 1910, 449, avis avocat général Dens.

sement de la preuve (11), ou lui déniait tout effet, comme convention contraire à l'ordre public (12). La Cour de cassation, sur pourvoi contre l'une de ces décisions, la cassa, parce qu'« il n'était aucune circonstance particulière d'où il pouvait résulter une atteinte à l'ordre public, annulant une convention valable par elle-même » (13). Depuis lors, la jurisprudence des tribunaux inférieurs est revenue à sa netteté première (14).

Parallèlement, la jurisprudence belge devait reconnaître la validité complète de la clause limitative de responsabilité, tant à cause du respect de la Cour de cassation belge pour les clauses pénales (15), que de l'admission de l'exonération de responsabilité pour les fautes légères. N'éprouvant, à la différence de nos tribunaux, aucun besoin de différencier les clauses limitatives de celles qui déguiseraient une convention d'exonération, elle admet la validité complète des premières pour la faute légère, quelque dérisoire qu'en soit le montant (16). Le principe en fut admis plus tôt encore que celui de la clause d'exonération (17) et la jurisprudence

(11) Anvers, 24 juin 1922 : P. A. 1922, 569. — *Id.*, 30 novembre 1922 : P. A. 1923, 113. — *Id.* 30 juin 1923 : P. A. 1923, 297. — Ap. Bruxelles, 6 novembre 1907 : P. A. 1907, 346.

(12) Anvers, 8 juin 1923 (3 jugements) : P. A. 1923, 335, 352, 372 - B. Jud. 1925, 110 - Dor, 3 (242), 4 (245), 4 (247). — 12 janvier 1924 : Dor, 6, 151.

(13) Cass. belge, 13 novembre 1924 : Pas. 1925, 1, 183 - B. J. 1925, 112 - P. A. 1925, 385, cassant Com. Anvers : P. A. 1923, 335.

(14) Ap. Bruxelles, 28 juillet 1925 : P. A. 1926, 141. — Com. Anvers, 13 juillet 1925 : P. A. 1925, 280. — Ap. Bruxelles, 14 novembre 1925 : P. A. 1925, 453. — *Id.*, 23 novembre 1925 : P. A. 1925, 304.

(15) Cass., 26 décembre 1885 : D. P. 1886, 2, 25 - S. 87, 4, 22.

(16) Cass., 28 juin 1928 : Pas. 1928, 1, 211.

(17) Cass. belge, 30 mai 1872 : Pas. 1872, 1, 283.

s'est encore affirmée sur ce point à l'occasion de la résistance du Tribunal de commerce d'Anvers (18).

L'examen de la jurisprudence belge, bien que sommaire, est néanmoins complet si l'on ajoute encore, qu'une certaine tendance se dessine, favorable à l'exonération du dol des préposés. On l'a vu plus haut se manifester, et certaines décisions s'inspirent de cette idée. La Cour de cassation de Belgique ne s'est jusqu'ici jamais montrée favorable à cette idée; tout au plus pourrait-on noter que les tribunaux belges paraissent faire produire à la clause limitative en matière maritime un effet absolu, et l'appliquer même au cas de dol de l'équipage (19). La similitude de fonctions avec la négligence clause est trop grande, pour que cette jurisprudence soit critiquée.

On observera enfin que la législation restreint en Belgique comme en France la liberté des conventions d'exonération : L. 25 août 1891 sur le transport terrestre, du 24 décembre 1903 sur les accidents du tra-

(18) Cass. belge, 13 novembre 1924, précité. — *Id.* 16 septembre 1926 : Pas. 1927, 1, 52, cassant Anvers, 14 février 1925. — Cass., 28 juin 1928 : Pas. 1928, 1, 211.

(19) L'admission de l'exonération du dol des préposés, si elle n'est pas franchement admise par la Cour de cassation belge en matière terrestre (V. cependant une certaine indécision dans Cass., 22 février 1900, précité) se trouve réalisée en partie par le jeu de la clause limitative qui paraît jouer, même en dehors du droit maritime, avec un effet absolu (V. Cass. belge, 1^{re} Ch., 28 juin 1928 : Pas. 1928, 1, 211 - Dor, 21, 123, Société nationale de transports fluviaux au Congo, qui distingue nettement la responsabilité personnelle et celle du fait d'autrui).

L'arrêt ne peut néanmoins être cité qu'avec précaution parce que (l'espèce même l'indique et certains fragments des motifs) la législation propre au Congo semble recevoir application en la cause... Le jugement de Stanleyville encourait d'ailleurs la cassation pour avoir distingué entre les clauses limitatives selon qu'elles sont ou non dérisoires.

vail, du 28 novembre 1928 adoptant les règles de la Convention de Bruxelles (20).

— La jurisprudence italienne n'a pas toujours présenté la fermeté de la jurisprudence belge et de nombreuses divergences se produisirent en matière maritime, entre les Cours, jusqu'à l'après-guerre et l'institution d'une Cour de cassation unique à Rome.

La Cour de Turin, après avoir annulé la négligence clause (21), et sans s'arrêter au renversement de la preuve, la valida, mais, sans s'arrêter à ce parti adopté par les Cours de Florence (22) et de Naples (23), étendit bientôt ce système à toute clause d'exonération (24). L'un des derniers arrêts de cette période présente le plus grand intérêt, car la Cour de Turin y consacre la distinction, qui a été proposée antérieurement, entre la responsabilité du fait d'autrui en droit terrestre et en droit maritime : en soulignant qu'à la différence des préposés nautiques, les préposés terrestres « sont unis à leur patron par des liens juridiques si étroits qu'ils en arrivent à être absorbés par la personnalité de ce dernier, à tel point qu'à l'égard des tiers, les actes accomplis par eux sont censés être les actes personnels du patron ». La Cour de cassation de Turin devait d'ailleurs revenir encore sur sa jurisprudence et annuler toute clause d'exonération (25), mais la Cour de cassation du royaume, nouvellement instituée, consacra un principe différent.

Le 28 février 1923, elle valide la négligence clause, dans une espèce qui touchait à l'application du droit

(20) Sur le caractère de cette loi : V. Com. Anvers, 15 octobre 1929 : Dor, 1922, 169.

(21) C. Turin, 13 décembre 1895 : Rev. int. dr. mar., XI, 655.

(22) Florence, 14 juin 1886 : Rev. int. dr. mar., II, 731.

(23) Naples, 8 décembre 1907 : Dir. Mar., X, 81.

(24) Turin, 10 avril 1908 : Rev. int. dr. mar., XXV, 424.

(25) Turin, 28 mai 1920 : Rev. int. dr. mar., XXX, 193.

autrichien, pour les affrètements conclus avant l'annexion, en Venezia Julia (26). D'une part, la clause n'est pas nulle parce qu'elle aurait pour objet d'affranchir le débiteur de ses obligations. « L'armateur n'est pas autorisé à conserver la marchandise, à la détruire, à se l'approprier... » Tel n'est pas le sens de la clause qui entraînerait la destruction du contrat. Comme, d'autre part, l'art. 353 C. com. français (régissant encore à titre de droit coutumier la Venezia Julia), autorise l'assurance de la baraterie, il est loisible à l'armateur soit de comprendre la prime dans le montant du fret, soit de laisser le chargeur conclure directement une assurance. La négligence clause se trouvait ainsi validée.

Un an après (27), la Cour de cassation rejetant ces principes affirme une jurisprudence qui ne s'est plus démentie. Un arrêt du 24 octobre 1924 repousse tout d'abord l'argument tiré de l'assurance de la baraterie (art 618 C. com. italien) et ce brusque revirement montre de façon parfaite, la vanité, qu'il y aurait à vouloir régler avec des précédents législatifs la difficulté des clauses d'exonération. L'art. 618 C. com. italien, déclare l'arrêt, parle de l'assurance du risque de baraterie,

(26) Cass. Rome, 28 février 1923, Ditta Mangili : Dor, 7, 368. — V. dans le même sens : Trib. com. et mar. Trieste, 20 décembre 1922, s/s Polachy.

La Cour de cassation du royaume devait, le 9 juin 1926 (Ditta Goldstueck s/s Presidente Wilson : Dor, 16, 395) pour un contrat d'affrètement remontant à 1921 et également régi par la loi autrichienne, donner une solution semblable. L'arrêt mérite une mention spéciale en ce qu'il critique l'argument tiré de l'imposition des clauses aux chargeurs : « La clause peut avoir pour contre-partie un abaissement du taux du fret et la loi autrichienne n'annule un contrat que si l'autre contractant en a profité pour obtenir des avantages en disproportion avec sa prestation ».

(27) Cass. Royaume, 24 octobre 1924 s/s Cretic White Star Line : Dor, 16, 332.

mais ne dit rien même indirectement, pour ou contre la validité de la clause d'exonération de baraterie contenue dans le contrat de transport maritime.

Passant alors à la discussion de la validité de la clause quant au fond, il nie que l'exonération soit effectivement acceptée étant donné le monopole de fait dont jouissent les armateurs. La Cour se trouve ainsi arrêtée par une objection qu'elle avait écartée avec facilité pour des contrats soumis à la législation autrichienne, où elle déclarait que le droit ne tient compte de la violence morale, que si elle entraîne exploitation de la situation du créancier. Niant la réalité du consentement du créancier, la Cour de cassation eût dû annuler la convention, mais par une décision étrange, elle en admit la validité dans la mesure de la faute légère.

Un nouvel arrêt devait, peu après, fixer la jurisprudence (28), en posant la distinction des clauses d'exonération ou de limitation pure et simple qui n'affranchissent que de la faute légère (par présomption d'un manque de liberté du débiteur) et des clauses limitatives qui ne sont pas basées sur un chiffre dérisoire et sont la contrepartie librement acceptée d'une fixation plus favorable du fret. Ce dernier cas se rencontre lorsque la clause ne détermine le montant de l'indemnité en cas de perte ou d'avarie qu'à défaut de déclaration de valeur ou si, la valeur étant indiquée, le chargeur a demandé l'application du tarif minimum sanctionné par la clause. La jurisprudence a transposé ainsi en matière maritime les règles de l'art. 446 C. com. pour le transport terrestre. Cette jurisprudence est, depuis, nettement affirmée (29). L'idée dont elle s'inspire cor-

(28) Cass. Royaume, 2 mars 1927 s/s Ansaldo San Giorgio II Lupi.

(29) Cass. Royaume, 15 novembre 1928, Docks Cotoni s/s San Giuseppe : Dor 20, 407. — Le chargeur, pour obtenir réparation,

respond à une tendance profonde du droit moderne, dans le domaine de la responsabilité : admettre la limitation des dommages-intérêts, en contre-partie de la déclaration de valeur agréée. Cette disposition se rencontre dans la Convention de La Haye et les projets français sur la réforme du connaissement. Elle existe également dans la jurisprudence américaine qui la valide malgré le Harter Act (30). On en rapprochera également la disposition de la loi hollandaise du 22 décembre 1924 (C. com., art. 470) (31) qui, pour les fautes commerciales des préposés de l'armateur, annule les clauses d'exonération et ne fait produire à la clause limitative que l'effet du renversement de la preuve, à moins qu'il n'y ait déclaration de valeur.

Le système de l'exonération dans la mesure de la faute légère est enfin admise par les tribunaux mixtes d'Egypte (32), bien que certains arrêts paraissent favorables au système français du renversement du fardeau de la preuve (33). Quant à la négligence clause, elle produit un effet exonératoire complet (34).

doit donc prouver la déclaration de valeur et le paiement d'un fret correspondant (Cass., 21 février 1929 : Dor 21, 427, Société Cœ et Clerici.

(30) Une différence radicale les oppose néanmoins, parce que l'exonération n'est valable en ce cas, que si un acte dolosif ne peut être reproché à l'armateur ou à ses agents (Cour suprême Etat New-York, 29 novembre 1929, F. A. Straus s/s Empress of Russia : Dor 21, 330).

(31) Dor 10, 533.

(32) Trib. com. mixte Alexandrie, 27 décembre 1922 : Dor 2, 305, — et pour la clause limitative : Com. mixte Alexandrie, 11 juillet 1923 : Dor. 5, 240.

(33) Ap. Mixte Alexandrie, 6 novembre 1921, Société maritime de navigation : Dor. 21, 296. — Com. Alexandrie, 28 avril 1930 : Dor 22, 265.

(34) Ap. Mixte Alexandrie, 30 janvier 1924 : Dor 6, 273. — Trib.

Cet examen de droit comparé marque le point d'aboutissement de tous les développements antérieurs, que l'on pourrait ainsi résumer. L'exonération de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité délictuelle du fait personnel doit être admise au regard des principes généraux. Aucun argument ne s'y oppose, ni les textes légaux, ni le cumul des responsabilités ou les caractères de la responsabilité délictuelle. Les droits étrangers enfin ont montré combien cette exonération est concevable.

Sans doute pourrait-on reprocher à cette solution, l'extension qu'elle donne à la distinction de la faute lourde et de la faute légère, mais la jurisprudence ne l'a-t-elle pas faite d'une façon constante pour l'assurance pendant le xix^e siècle ? Et de nos jours encore pour la clause limitative ? Cet inconvénient, très relatif d'ailleurs, car la notion de faute lourde traduit en jurisprudence des idées suffisamment nettes, doit être rapproché des avantages qu'il procure et de la clarté que l'on redonne ainsi à la théorie de ces clauses. Il n'est en effet plus besoin de distinguer entre la clause d'exonération et la clause limitative, puisque l'une et l'autre sont soumises à un même régime : on supprime ainsi l'arbitraire qu'il y a à différencier les clauses limitant les dommages-intérêts à une somme bien inférieure au préjudice réel, qui sont valables ; et celles qui sont dérisoires et déguisent une convention d'exonération.

La théorie de la validité des clauses limitant ou restreignant la responsabilité dans la mesure de la faute légère se trouve ainsi pleinement satisfaisante : elle

com. mixte Alexandrie, 26 novembre 1923 : Dor. 5, 235. — *Id.*, 11 mai 1925 : Dor 12, 104. — *Id.*, 1^{er} mars 1926 : Dor 15, 320.

V. toutefois Trib. mixte Alexandrie, 11 juin 1923 : Dor 5, 233, n'accordant que le simple renversement de la preuve.

s'épanouit dans l'art. 105 du Projet de Code franco-italien des obligations, qui décide : « Le débiteur ne peut, dans le contrat (35), s'exonérer des conséquences de son dol ou de sa faute lourde ».

172. — C'est sur ce principe que doit désormais être construit le système de l'exonération conventionnelle de responsabilité, étude nécessaire, car toute une série de difficultés pratiques se posent encore.

Il faut, en premier lieu, déterminer à qui il appartient, du créancier ou du débiteur, de demander l'application ou la non-application de la clause.

Aucun doute ne semble possible. Par la clause d'exonération, les parties ont étendu les causes d'irresponsabilité du débiteur : à la force majeure, au fait du créancier, ils ont ajouté la faute légère. Le débiteur doit donc faire la preuve que l'inexécution est due à cette circonstance (1). Sans doute ne peut-il pas qualifier la gravité de la faute, mais il doit apporter au juge les éléments d'où se dégagera le caractère de l'acte dommageable.

Cette solution n'est pas discutée quand la clause d'exonération vise un fait déterminé : c'est au débiteur de prouver que ce dommage a bien eu pour cause le fait conventionnellement envisagé (2). De même pour la né-

(35) V. encore, admettant la validité des clauses en droit terrestre, Cour de district Sud New-York, 25 avril 1923 : Dor 5, 319. — *Id.*, 8 avril 1924 : Dor. 8, 196.

(172-1) Boutaud était déjà parvenu à cette conclusion logique et qui eût dû s'imposer. Les idées qu'il émet à ce sujet semblent pourtant être restées ignorées (V. cependant E. Cassvan, *op. cit.*, p. 277. — Lorient, *op. cit.*, p. 161. — Cpr. R. Demogue, *Oblig.*, V, 1202).

(2) V. pour la clause d'exonération du bris, Anvers, 2 octobre 1924, Jaffa : Dor 10, 12. — Des risques assurables, Anvers, 7 avril 1923 : Dor 3, 255. — 17 novembre 1923 : Dor. 5, 71. — *Id.*, 12 janvier 1924, Rogier : Dor 6, 151. — *Id.*, 8 juin 1924 : Dor 8, 62. — Des avaries, *Id.*, 7 mai 1928 : Dor 20, 142. — P. A. 303. — *Id.*,

gligence clause, la jurisprudence a longtemps obligé l'armateur à prouver que la perte ou l'avarie provenaient du fait de ses préposés nautiques, de la faute du capitaine. Si, depuis 1900 (3), la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence antérieure (4) et considère que, d'après l'art. 230 C. com., le capitaine est présumé en faute lorsqu'il ne représente pas les marchandises à l'arrivée, cette solution est généralement critiquée par la doctrine et repoussée par les jurisprudences étrangères (5). Les auteurs qui reconnaissent l'existence d'une présomption de fait relative à la faute du capitaine, demandent néanmoins la double démonstration par l'armateur — de la prise en charge par le capitaine — et de la non-intervention d'un agent terrestre dans les opérations de transbordement de la marchandise (6). Cette présomption serait-elle même reconnue, la preuve serait néanmoins apportée que le débiteur doit démontrer la cause de l'inexactitude, la faute de ses préposés.

Ce principe traduit en effet la règle, que la preuve de la libération appartient à celui qui a assumé l'exécution

5 mai 1928 : P. A. 1928, 301 - Dor 20, 143. — Pour la cessation de responsabilité par le débarquement, Trib. sup. Hauséatique, J.-H. Bachmann : Dor 7, 77, et les arrêtés cités *infra*, note 4.

(3) Civ., 18 juillet 1900 : D. 1903, 1, 17 - S. 1902, 1, 84 - Rev. int. dr. mar. XVI, 145. — Aix, 28 novembre 1923, Alice Despeaux : Dor Sup. 2, 36. — V. G. Ripert, Dr. mar., n° 1765, t. II, 3^e éd., p. 714.

(4) Civ., 12 juillet 1893 : D. 95, 1, 145.

(5) V., pour l'Angleterre, Haute-Cour Justice, division du Banc du Roi, 31 mai 1923 : Dor 4, 137. — *Id.*, 19 décembre 1923 : Dor 7, 253. — Pour l'Egypte, Trib. mixte de justice sommaire Alexandrie : Dor 20, 234. — Pour la Belgique, Cass. b., 3 mars 1927 : Dor 16, 85, et la note de droit comparé.

(6) G. Ripert, *op. et loc. cit.* — J. Bonnecase, Dr. mar., n° 531. — Govare et Denisse, *op. cit.*, 227.

de l'obligation (7). Le débiteur, eût-il été obligé d'apporter la démonstration des circonstances dans lesquelles est survenu le dommage, les critiques adressées aux clauses d'exonération auraient perdu tout objet. Comme le remarque très justement M. Esmein, dans de nombreux cas, la preuve de la faute du débiteur est en effet impossible. « La charge de la preuve ne peut être équitablement imposée à celui qui normalement est le moins en mesure de la faire » (8). Si l'on peut discuter la solution proposée ensuite, qui consiste à obliger le débiteur à prouver qu'il n'a commis aucune faute, qu'il a eu une conduite prudente et diligente, du moins le principe ne fait pas de doute. La lutte contre les clauses d'exonération n'eut pas été si vive si l'on eût dispensé le créancier — (ainsi qu'il eût fallu le faire en droit) — de prouver la faute du débiteur (9).

174. — Pourtant la jurisprudence s'est toujours refusée à imposer cette charge au débiteur. Sans doute, cette décision s'explique-t-elle par une confusion entre

(7) V. le principe expressément formulé dans Haute-Cour Justice Angleterre, 31 mai 1923 : Dor 4, 137, et dans Req., 6 février 1890 : D. 1890, 1, 209, 16^e espèce - Rev. int. dr. mar. : « Tout défendeur est tenu de prouver les faits sur lesquels il fonde l'exception qu'il oppose à la demande intentée contre lui ».

(8) P. Esmein, in Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., n° 401, p. 563. — Rapp. Bordeaux, 22 février 1916 : G. Trib. 1916, 2, 585 - Rev. Trim. 1917, 148 et les observations de M. Demogue.

(9) Il est juste d'ailleurs de reconnaître que si la jurisprudence de la Cour de cassation s'explique par la disparition de la responsabilité contractuelle — et la sous-jacence de la responsabilité délictuelle — l'obligation de prouver la faute du débiteur imposée au créancier, se justifie non seulement par le principe de l'article 1382, mais également par la règle que ni le dol ni la faute lourde (Cass., 11 avril 1922 : G. Pal. 1922, 2, 367) ne se présument.

Avec le système de l'exonération de la faute légère, cas nouveau d'irresponsabilité, ajouté au cas fortuit et à la faute du créancier, l'application des règles normales de la preuve doit être faite.

les clauses limitatives des obligations du débiteur et les clauses de non-responsabilité. On a vraisemblablement considéré que le débiteur n'était tenu que de sa faute lourde. Dans une pareille hypothèse, le créancier doit bien apporter la preuve de cette faute, car il doit établir l'inexécution de l'obligation qui n'est mise en jeu que par la commission d'une faute grave. Ainsi, pendant la guerre, quand un arrêté du 1^{er} novembre 1914 vint restreindre la responsabilité des compagnies de chemins de fer à la réparation des avaries et pertes dues à une faute lourde de leurs agents (1), il fut juste de considérer avec la Cour de cassation que l'expéditeur devait fournir la preuve de cette faute (2). Un certain nombre de jugements et d'arrêts, qui avaient imposé au transporteur la démonstration de la faute légère commise, représentaient une théorie condamnable (3).

Mais la clause de non-responsabilité relève d'une analyse différente : le débiteur n'est pas autorisé à commettre des fautes légères, il est seulement affranchi de

(174-1) V. M. Escarra, La responsabilité des chemins de fer pour les transports effectués pendant la guerre : Ann. dr. com. 1920, 51, — et, sur la validité de l'arrêté du 1^{er} novembre 1914, C. Etat, 1^{er} août 1919 : G. Pal. 1919, 2, 77. — V. également A. Mestre, note S. 1921, 2, 65. — Cass., 14 février 1922 : G. Pal. 1922, 1, 464 - S. 1922, 1, 141, note Duguit. — Lafon, Th. Paris, 1922 (47). — Boudin, Th. Toulouse, 1922.

(2) Cass., 11 avril 1922 : G. Pal. 1922, 2, 367 - J. Trib. com. 1924, 472. — *Id.*, 15 juin 1922 : G. Pal. 1922, 2, 366. — *Id.*, 8 novembre 1922 : G. Pal. 1922, 2, 686 - D. 1923, 1, 158. — *Id.*, 24 juin 1922 : G. Pal. 1922, 1, 345 - G. Trib. 1922, 1, 96.

(3) Agen, 2 octobre, 28 juillet 1915 : D. 1915, 2, 49. — Pau, 18 octobre 1915 : D. 1916, 2, 49. — Bordeaux, 22 février 1916 : Gaz. Trib. 1916, 2, 585 - Rev. Trim. 1917, 148, et les observ. de M. R. Demogue.

M. A. Wahl (Dr. civ. de la guerre, t. III, n° 2525, p. 574-575) avait également admis que la compagnie devait prouver l'absence de faute lourde dans le transport.

toute responsabilité si d'aventure il en commet une, — rien n'empêche de maintenir, en ce cas, l'obligation de démontrer la libération des obligations assumées.

175. — Une seconde difficulté doit être résolue, relative à la clause limitative de responsabilité.

Ainsi qu'on l'a déjà remarqué, malgré l'appui qu'elle a trouvé dans le système de la clause pénale, la jurisprudence a soumis cette convention à un régime différent : obligation de prouver le préjudice..., caractère forfaitaire de l'indemnité..., validité dans la seule mesure de la faute légère..., autant de traits qui séparent radicalement les deux stipulations. M. E.-H. Perreau, dans son étude sur les clauses de non-garantie, l'assurance des fautes et les clauses pénales (1), a parfaitement montré la raison profonde de cette divergence. « La clause pénale constitue un forfait auquel le créancier a droit, le cas échéant, au cas d'inexécution de l'obligation, sans augmentation, ni diminution... Il s'expose à ne pas obtenir, en fait, un dédommagement intégral, il court aussi la chance de faire un bénéfice... C'est là un contrat aléatoire au premier chef, mais il n'a rien de forcément lésionnaire pour le créancier, même en cas de faute du débiteur comme les clauses de non-garantie... » (2). La clause pénale se caractérise, en effet, par la considération que l'on cherche à procurer un avantage au créancier, à contraindre le débiteur à l'exécution. « On ne peut déclarer à l'avance, comme dans l'hypothèse de la clause de non-garantie, que toute faute du débiteur entraînera une perte pour le créancier » (3). On en déduit logiquement, que, pour pouvoir attribuer à la clause limitative au cas de faute prouvée

(175-1) E.-H. Perreau, *Rev. crit* 1900, p. 485 et ss.

(2) E.-H. Perreau, *op. cit.*, p. 498.

(3) *Eod. loc.*, p. 499.

une efficacité complète, « encore faut-il que le quantum de l'indemnité soit tel, que le créancier ne se trouve pas fatalement lésé par la faute du débiteur, mais puisse au moins espérer rentrer dans ses fonds ».

176. — Hors de cette hypothèse, la convention de limitation de responsabilité doit donc être envisagée en dehors de tout soutien législatif, mais elle trouve en droit commun des appuis suffisants pour que sa validité soit reconnue dans la même mesure que la clause d'exonération.

Du point de vue précédent découle une conséquence logique. Si la loi prohibe, pour un contrat déterminé, l'exonération de responsabilité, la clause limitative devient de ce fait même illicite. La jurisprudence n'admet pas cette conclusion, et quand la loi Rabier vint interdire dans le transport terrestre la clause d'exonération, elle maintint — (il est vrai avec l'appui des travaux préparatoires) (1), la validité des clauses limitatives — reconnaissant toutefois, qu'il est des clauses, dont le montant dérisoire dissimule des clauses d'exonération complète. Pourtant, si l'on remarque, d'une part, l'arbitraire de cette distinction, et, d'autre part, si l'on nie qu'une clause, *ab initio* infime par rapport au dommage, puisse constituer une clause pénale, il n'est aucune raison de distinguer entre l'une et l'autre convention. Certains parlementaires relevèrent le danger d'admettre des clauses limitatives dans le contrat de transport, et il faut reconnaître que l'observation était juste (2), bien que, pour les compagnies de chemins de

(176-1) V.-J. Off., 16 mars 1899, Annexe n° 3614. — 11 avril 1899, *id.*, n° 115. — J. Off., Doc. parlam. Ch., 1905, Annexe n° 2167. — V. S. 1905, 945 et ss. les rapports de Tillaye, Denis, Peytral.

(2) V. notamment les observations de MM. Pérouse, Prévôt, Chevalier, dans la discussion parlementaire.

fer, l'homologation nécessaire des tarifs ait été suffisante pour faire respecter les droits des expéditeurs.

Dans les législations récentes, un courant très-net se dessine qui tend à prohiber parallèlement les clauses d'exonération et les clauses limitatives. La loi fixe impérativement un taux de dommages-intérêts qui ne peut être diminué, offrant en contre-partie, la réparation intégrale moyennant déclaration de valeur et paiement d'un loyer plus élevé. En l'absence de dispositions législatives de ce genre, seules les clauses dont le montant est voisin de celui du dommage éventuel peuvent être validées, étant d'ailleurs soumises au régime des clauses pénales. Cette solution n'est actuellement pas celle de la jurisprudence, mais l'apparition de la notion de clause dérisoire marque déjà une évolution favorable.

Quant au reste, clause limitative et clause d'exonération, dans la mesure où elles sont valables, doivent être soumises au même régime : et il en est notamment ainsi : pour la charge de la preuve, l'exonération de la faute légère — (exceptionnellement de la faute lourde et du dol au cas de clause de négligence ou de clause limitative, en remplissant la fonction), — l'indifférence du caractère de faute pénale que revêt la négligence pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un délit intentionnel ou d'une faute considérée comme lourde.

177. — Il n'est donc, en principe, aucune différence à faire entre les clauses relatives aux personnes ou aux biens. Cette idée a été reconnue en Belgique et par la Cour de cassation de France (1), qui a posé, de façon

(177 - 1) Cass., 12 mai 1930 : Gaz. Pal. 1930, 2, 118. — *Id.*, 21 juillet 1930 : Gaz. Pal. 1930, 2, 373. — *Id.*, 19 février 1931 : Gaz. Pal. 20 mars 1931. — Ap. Saïgon, 15 avril 1910 : Rev. int. dr. mar. XXVI, 51. — Alger, 20 janvier 1892 : D. 1892, 2, 564. — Mont-

formelle, qu'aucune disposition particulière, pas plus que l'ordre public, ne s'opposent à l'efficacité d'une telle convention d'irresponsabilité.

La nullité de la convention, a-t-on longtemps soutenu, est la conséquence nécessaire de l'impossibilité d'auto-riser une atteinte portée à la personne (2). Cette idée développée surtout par M. Grandmoulin, repose sur une confusion certaine, car la clause ne donne nullement le

pellier, 21 février 1898, motifs : S. 1901, 1, 401. — Cass., 18 juin 1918, cité par M. P. Esmein, note S. 1925, 1, 249.

V. d'autre part Cass., 15 janvier 1918 : Gaz. Pal. 1918 et 19, 1, 39. — Paris, 8 juillet 1916 : Gaz. Pal. 1916 et 17, 169 - D. 1916, 2, 169, qui admettent implicitement la validité de la clause bien qu'elles l'écartent en fait parce que ne visant pas dans son texte les dommages causés aux personnes. — V. de même Seine, 16 juillet 1907 : Rev. int. dr. mar. 23, 222.

V. pour la Belgique : Cass. b., 28 juin 1928 : Pas. 1928, 1, 211. — Cass. b., 13 novembre 1924, précité, et surtout Bruxelles, 27 juillet 1905 : Pas. 1908, 3, 241, et sur appel, Bruxelles, 12 mars 1910 : B. J. 1910, 449.

Une partie de la jurisprudence rendue sur l'acceptation des risques dénie toute valeur à cette acceptation au cas d'accident causé à la personne (V. notamment Seine, 18 décembre 1922 : Gaz. Pal. 1922, 2, 745 - Rev. Trim. 1923, 172, et les observations de M. Demogue. — Rhône, 9 décembre 1926 : D. H. 1927, 161).

Enfin, les arrêts relatifs à l'exonération de responsabilité pour retard dans les transports de voyageurs ont été exclus des références précédentes ; il est impossible en ce cas de parler d'atteinte à la personne (V., pour la validité de cette clause, Argentan, 20 novembre 1901 : G. Trib. 1902, 1^{er}, 2, 291. — Com. Marseille, 23 octobre 1901 : Jur. Marseille 1902, 1, 24. — Civ. Seine, 18^e juin 1898 : Droit, 22 juillet 1898. — Toulouse, 29 juin 1910 : S. 1910, 2, 280. — Cass., 5 juin 1907 : S. 1908, 2, 125. — V. L. Jossierand, Transports, n° 629).

(2) V. sur cette question en faveur de la nullité de la clause : L. Jossierand, Dr. civ., II, n° 475 ; Transports, n° 627. — De Harven, *op. cit.*, p. 242 et s. — Sarrut, note D. 1890, 1, 209. — Esmein, *op. cit.* — Chauveau, note P. 90, 2, 120.

En faveur de la validité : R. Demogue, t. V, n° 1198. — Rev. Trim. 1925, 379. — J. Van Ryn, *op. cit.*, n° 6 et s. — Boutaud,

droit de porter atteinte à la vie ou à la santé d'autrui, mais supprime simplement le droit à réparation (3).

La même objection peut être faite à l'argument — tiré du précédent et à peine modifié — que la personne humaine est un bien hors du commerce, sur lequel on ne peut contracter, un objet que l'on ne peut sans illécéité inclure dans une convention (4). La personne humaine n'est pas l'objet de la convention, — ou alors autant vaudrait frapper de nullité le contrat de transport de voyageurs, le louage de services. Ce qui forme la matière de la clause, c'est la suppression des dommages-intérêts — l'objet est purement économique (5). La cause du contrat n'est pas plus illicite, car les obligations du débiteur sont maintenues intégralement sans que l'on autorise de sa part le moindre relâchement de diligence.

Une autre théorie a été récemment présentée pour consacrer cette nullité. La validité des clauses d'exonération se justifierait par l'avantage que retire le créancier de leur insertion. Or, soutient-on, aucune diminution du prix du service n'est en général suffisante pour

n° 184. — Roger, 1929, p. 311 et s., pour la clause limitative.

Labbé, Ann. dr. com. 1886, 87, t. I, p. 187, et note S. 1885, 1, 409, présente la question sans prendre formellement parti. — Cpr. G. Ripert, Dr. mar., II, n° 2003 et s., 3^e éd., p. 995 et s.

(3) Grandmoulin, *op. cit.*, p. 62 et s., et particulièrement p. 67.

(4) V. particulièrement pour cette idée Grandmoulin, *op. cit.* — L. Jossierand, *op. cit.* — De Harven, *op. cit.*, pour lesquels la limitation de la clause par l'ordre public découlerait, non de la source de la responsabilité (de la responsabilité délictuelle sous-jacente à la responsabilité contractuelle), mais de l'objet du contrat. Tout dépendrait ainsi du point de savoir si l'on est ou non en matière patrimoniale

(5) R. Demogue, t. V, n° 1198. — Van Ryn, *op. cit.*, n° 7. — Cass. b., 28 juin 1928 : Pas. 1928, 1, 211, et surtout Bruxelles, 27 juillet 1905 : Pas. 1908, 3, 241, et sur appel, 12 mars 1910 : B. J. 1910, 449.

payer la prime d'une assurance-vie correspondant à la valeur de la personne humaine (6).

On doit pourtant remarquer que cette disproportion entre la prime et l'avantage retiré pourrait se concevoir identique dans les conventions relatives au patri-moine; — et d'ailleurs l'institution de l'assurance des voyageurs, même en matière aéronautique, a pu se réaliser sans qu'une prime exorbitante soit demandée aux passagers (7). On notera, au surplus, que la liaison de la reconnaissance d'effets à la clause d'exonération et de l'assurance effective ne semble pas avoir rallié la doctrine et résolu définitivement le problème posé par les clauses d'exonération.

Sans pouvoir poser de règles générales concernant les conventions d'exonération de responsabilité pour accidents survenus aux personnes, on doit tout au moins noter, avec M. Josserand et M. de Harven, que la personne humaine étant le bien à l'égard duquel l'obligation de prudence, de vigilance est la plus stricte, une négligence banale en une autre matière sera, en ce domaine, considérée comme lourde, et que l'exonération de responsabilité tombera en ce cas (8). La Cour de cassation réserve, en effet, de manière formelle, la démonstration de la faute du transporteur, pour empêcher l'application de la convention particulière (9).

La solution donnée aux clauses touchant à la vie des personnes oblige à en rapprocher le problème de l'exonération de la responsabilité professionnelle. On retrouve

(6) P. Esmein, *op. cit.*, p. 339, et Planiol, Ripert, Esmein, *Tr. prat.*, t. VI, n° 407, p. 571, note 4.

(7) V. sur ce point A. Kaftal, *La réparation des dommages...* : *Rev. Trim.* 1929, 1035.

(8) V. M. Planiol, *Rev. crit.* 1888, 582 : « Il n'y a pas de fautes légères quand il s'agit de la vie des personnes. »

(9) V. les arrêts de Cass., 12 mai 1930, 21 juillet 1930, 19 février 1931, précités, n° 177, note 1.

donc ici cette difficulté déjà examinée de divers points de vue (10).

Il existe, en doctrine, une tendance à refuser aux professionnels le bénéfice de l'exonération de responsabilité, mais la justification qu'on en donne est assez incertaine.

Considérerait-on, en premier lieu, que la responsabilité professionnelle est de nature délictuelle... (11). cette proposition ne serait ni convaincante, ni suffisamment précise. Peu convaincante... parce que plusieurs de ces responsabilités telles que la responsabilité médicale peuvent être considérées comme purement contractuelles, mais aussi parce qu'il a été admis en cette étude que les clauses d'exonération de l'article 1382 sont licites... Imprécise aussi, étant donné qu'il reste à déterminer quelles sont les professions régies par l'article 1382; car il ne saurait être question d'étendre ce principe à toutes les activités industrielles ou commerciales. Pourtant, et si généralement on limite la reconnaissance du caractère délictuel de la responsabilité, à certaines professions, dans lesquelles le débiteur met son activité, sa liberté au service d'autrui (tels que le médecin, le notaire), certains auteurs ont appliqué la

(10) V. *supra*, n. 83, 93, 115.

(11) Cette idée est généralement admise dans la doctrine et notamment par Aubry et Rau; Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., t. VI, n°s 523 et s. — Brun, *op. cit.* — Peut-être inspire-t-elle Com. Bruxelles, 22 juillet 1927 : Jur. Com. Bruxelles 1927, 329, qui interdit au teinturier de se dégager des conséquences de ses fautes professionnelles. — Comp. Bruxelles, 7^e Ch., 22 novembre 1929 : J. Trib. 1929, 741, dans un cas où la clause ne jouait pas, et qui la condamne néanmoins parce qu'elle est de nature à induire le public en erreur, qu'elle nuisait de façon grave au commerce d'antiquités. S'il s'était agi d'une clause de non-garantie des vices cachés, n'eût-il pas suffi de dire que le vendeur professionnel ne peut en exciper?

règle de façon générale aux agences de renseignements, ou de classification de navires, aux banquiers (12).

Le problème de l'exonération de la responsabilité professionnelle se pose, en réalité, de façon plus nuancée.

La clause peut être stipulée au professionnel en termes généraux. Ne peut-on pas alors dire, selon une formule qui tend à se répandre en Belgique, qu'il existe dans le lien obligatoire une contradiction manifeste. « Lorsqu'un professionnel conclut au contrat par lequel il promet... ses services techniques, son activité personnelle à son cocontractant, mais s'exonère cependant en termes généraux de toutes les fautes quelconques qu'il pourrait commettre, il enlève en réalité toute portée pratique à son engagement, puisque celui-ci avait précisément pour objet la prestation de soins, que l'on peut attendre d'un spécialiste particulièrement compétent ou particulièrement outillé pour en garantir l'obtention » (13).

Deux vices entachent cette argumentation. En premier lieu, la confusion est certaine entre les clauses de détermination de l'étendue des obligations et les clauses de non-responsabilité, car il ne s'agit pas de savoir si la prestation de soins peut se trouver diminuée dans les relations entre professionnels. Ce problème a déjà été rencontré, et l'on a vu que le caractère accusé de bonne foi de certains contrats passés avec des professionnels ou des dispositions légales peuvent interdire de telles clauses. Mais en quoi est-il contradictoire avec le contenu du contrat de supprimer le droit à **dommages-intérêts** tout en maintenant intactes, dans toute leur rigueur, leur étendue, leur complexité, les obligations contractuelles ? Ce que l'on cherche plutôt, c'est, en présence d'une clause générale, de déterminer son con-

(12) J. Van Ryn, *op. cit.*, Rev. en Ass. resp. 1931, 703-3.

(13) J. Van Ryn, *op. cit.*, 703-3.

tenu d'exonération licite, de savoir si une clause stipulée en termes généraux peut tout au moins valoir pour l'exonération de certaines fautes, mais il s'agit alors d'un problème différent dont relève toute clause d'exonération (14).

En restreignant ainsi le domaine de la difficulté, une seule méthode paraît avoir titre pour refuser l'exonération de la responsabilité professionnelle.

S'il est vrai que la gravité de la faute est reconnue avec d'autant plus de facilité que le débiteur possède des moyens plus parfaits d'exécuter son obligation (15), ne peut-on pas considérer la faute du professionnel comme lourde, puisqu'il est particulièrement à même, par sa formation, d'exécuter correctement son obligation? (16).

Pour juste qu'elle puisse paraître, cette idée doit être repoussée : elle ne rend pas compte de la jurisprudence, et interprète inexactement la notion de faute lourde.

Il est en effet assez rare, dans le domaine des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, de voir la jurisprudence considérer comme lourde la faute professionnelle. Un exemple décisif, déjà rencontré, peut en être donné. Alors qu'elle interdit au vendeur professionnel de stipuler l'exonération de vices cachés de la chose vendue, la jurisprudence l'autorise à user des clauses de limitation de responsabilité ne lui déniaient ce droit que s'il a commis une faute lourde (17) : peut-on

(14) *Infra*, n° 180.

(15) *Supra*, n° 167.

(16) H. Lalou, *op. cit.*, n° 214. — Roger, note D. P. 1929, 2, 29. — Cassvan, *op. cit.*, 74 et 80, 81. — Paris, 13 janvier 1899 : D. P. 1899, 2, 323. — Paris, 8 avril 1927 : D. H. 1927, 374. — M. Demogue, Professionisti e non professionisti : Riv. intern. di filosofia, 1921, p. 5 et s., paraît craindre qu'en ce cas le contrat ne soit pas librement discuté avec le client. Il admet pourtant (Oblig., V, n° 1198), l'exonération de la responsabilité médicale.

(17) *Supra*, n° 70.

mieux affirmer qu'il n'y a pas entre la faute lourde et la faute professionnelle de concordance absolue.

Si la solution proposée ne concorde pas avec la jurisprudence, elle n'interprète pas plus exactement la notion de faute lourde. Ce que l'on entend dire, en effet, en posant que la gravité de la faute est d'autant plus grande que le débiteur a plus de ressources pour exécuter l'obligation, c'est que, en comparant les obligations de deux individus inégaux dans leurs moyens d'action et en supposant identique le service qui leur est demandé, la culpabilité de celui qui est le mieux à même d'exécuter son obligation sera plus sévèrement appréciée. De nombreux types de responsabilité professionnelle supposent au contraire que le service demandé au débiteur ne ressemble en rien à celui que le particulier pourrait fournir : il ne s'explique que par l'étendue de la compétence du débiteur. Dans la mesure où l'activité est semblable pour le professionnel et pour le non-professionnel, la responsabilité du premier sera plus sévèrement appréciée (18), mais dans son activité propre, des fautes légères peuvent être relevées (19). A leur égard, l'exonération conventionnelle pourrait être valablement stipulée.

Ce qui est vrai — et les lignes précédentes permettent de le pressentir — c'est que les fautes légères des professionnels sont rares ; mais elles ne sont pas inconcevables. Un médecin entreprenant pour la première fois une opération chirurgicale délicate, de technique nouvelle, devrait pouvoir s'exonérer des fautes légères mêlées de hasard, qu'il pourrait commettre au cours d'une telle intervention. Si de telles clauses ne se rencontrent

(18) Ainsi s'explique la jurisprudence qui condamne plus sévèrement les agences de renseignements que les simples particuliers.

(19) J. Van Ryn, *op. cit.*, 703-3, n° 18.

pas (20), ce n'est pas à dire qu'en fait on ne parvienne en de tels cas à l'irresponsabilité médicale. De plein droit, les tribunaux retireront à l'acte son caractère fautif, limitant leur contrôle aux fautes sur lesquelles aucune discussion scientifique ne peut s'élever, ou même en le lui reconnaissant, déclareront que la responsabilité médicale n'est engagée que par la commission d'une faute lourde. La détermination jurisprudentielle de l'étendue des obligations vient ici suppléer l'absence de réserve conventionnelle d'irresponsabilité. Les tribunaux accordent à certains débiteurs « la confiance nécessaire » à l'exécution de leurs obligations professionnelles (21). Ainsi se complète l'étude du premier ordre de difficultés soulevées par la construction de la théorie des clauses d'exonération. Est-il besoin de noter combien elle a été rendue délicate par le recours à la notion d'ordre public, adjointe tantôt à la responsabilité délictuelle, tantôt à la nature du bien lésé, et qui malgré la simplification apparente qu'elle apporte, obscurcit en fait les problèmes qu'elle devrait aider à résoudre.

178. — Il faut encore ajouter — et cette idée ouvre toute une série de perspectives nouvelles — que la clause de limitation ou d'exonération de responsabilité,

(20) Une partie de la doctrine admet cependant des clauses d'exonération de la responsabilité médicale : Demogue, *Oblig.*, V, 1198. — E.-H. Perreau, *Eléments de jur. médicale*, p. 282, et les avis des médecins légistes cités. — Lalou, n° 231.

V. pour la responsabilité notariale O. Cambron, *op. cit.* : B. J. 1927, col. 129 et s. — Pour les clauses insérées par les gardes-meubles pour la non-garantie des piqûres de vers, Trib. paix Lyon, 18 décembre 1908 : Loi, 9 mars 1909 - Mon. Jud. Lyon, 20 avril 1909. — Pour un architecte, Paris, 9 mars 1927 : Sem. Jur. 1927, 378.

(21) J. Van Ryn, *op. cit.*, 703-3, verso, et Cpr. Planiol, Ripert, Esmein, *Tr. prat.*, t. VI, n° 523, p. 715 et la note 1, p. 716.

ne doit pas, dans les effets qu'on lui fait produire, dénaturer l'intention des parties.

On trouve une première application de cette observation, dans les analyses qui ramenaient la jurisprudence sur les clauses d'exonération à une convention sur la charge de la preuve, sur une présomption de cas fortuit ou sur la substitution d'une obligation de moyen à une obligation de résultat (1). Il faut surtout insister ici sur une idée un peu différente qui voit dans l'exonération d'une faute prouvée, l'extension de la notion de cas fortuit. Comme ce n'est qu'en matière maritime que la jurisprudence accorde l'effet exonératoire, c'est en cette matière que la théorie précédente a été proposée, donnant un effet curieux à la négligence-clause.

179. — Lorsque l'acte fautif du capitaine est commis au cours d'une manœuvre tendant à sauver le navire et la cargaison, l'armateur peut-il, en alléguant que conventionnellement, et par suite de la clause, le dommage n'est plus imputable à une faute, mais à un cas de force majeure, intenter contre les chargeurs l'action en avaries communes? De droit commun la faute commise entraverait l'exercice de l'action : la négligence-clause n'a-t-elle pas pour effet d'effacer complètement, entre le chargeur et l'armateur, le caractère fautif des actes du capitaine?

La solution affirmative est consacrée par la jurisprudence (1), approuvée par maints auteurs (2). Elle semble pourtant des plus critiquables, et une partie impor-

(178 - 1) *Supra*, n° 147.

(179 - 1) Cass., 12 juin 1894 : D. 95, 1, 45 - S. 95, 1, 161. — Civ., 18 janvier 1909 : D. 1909, 1, 245 - S. 1910, 1, 65, note de M. Lyon-Caen.

(2) G. Ripert, *Dr. mar.*, n° 1770, 3° éd., p. 720, et III, n°s 2274 et s.

tante de la doctrine a refusé de l'admettre (3). Il ne paraît pas exact que dans l'intention des parties la clause puisse avoir une telle portée. La négligence-clause a simplement pour effet d'affranchir l'armateur du paiement de dommages-intérêts : elle ne modifie pas la qualification du fait dommageable et ne saurait le faire. Juridiquement, en effet, le trait essentiel de la force majeure est l'absence de la faute du débiteur : continuer à la consacrer en connaissant la faute c'est admettre la conciliation des contraires. Sans doute, on peut trouver employée l'expression, que par la négligence-clause, les dommages causés par la faute du capitaine sont considérés comme des événements purement fortuits : mais on doit entendre par ces termes, qu'au cas de faute du capitaine le chargeur est privé de tout recours, comme si un cas fortuit était survenu. Il s'agit d'une description économique en quelque sorte, mais non juridique des effets de la clause.

On a pu soutenir que, par l'effet de la négligence-clause, le lien de préposition était rompu entre le capitaine et le transporteur, et que le premier devient ainsi véritablement un tiers à l'égard de l'armateur (4). Cette idée semble exagérée et viser d'ailleurs beaucoup plus la responsabilité délictuelle que la responsabilité contractuelle seule en cause ici. Ne paraît-il pas bien difficile de soutenir que par l'insertion de la clause d'irresponsabilité du fait du capitaine, ce dernier cesse d'appartenir à la compagnie de navigation, qu'il est désormais à son égard dans la situation d'un tiers. En réalité, le chargeur entend confier personnellement au

(3) V. notamment M. Lyon-Caen, note précitée. — Demogue, *Oblig.*, V, 1203. — Haute-Cour Justice Angleterre, 12 mars 1930, Alberto Frassini : *Dor* 22, 214.

(4) G. Ripert, *op. cit.* — *Rap.* P. Esmein, note S. 1925, 1, 249.

capitaine l'exécution du transport maritime, reconnaître l'irresponsabilité de l'armateur pour ses actes, mais il ne le sépare pas de l'organisation commerciale à laquelle il appartient, et il le considère toujours en qualité d'aide — (nécessaire et particulièrement autonome d'ailleurs) — de son débiteur.

La situation est plus délicate encore si la faute du capitaine a préjudicié aux marchandises. Les chargeurs peuvent-ils, en ce cas, malgré la négligence-clause qu'ils ont acceptée, intenter l'action en règlement d'avaries? Contre l'armateur aucune hésitation n'est admise. On ne peut, en négligeant l'exonération qui lui a été consentie, recréer sous une forme quelconque sa responsabilité (5). Mais à l'égard des autres chargeurs? Il ne sert de rien de dire ici que le capitaine est un tiers par rapport à l'armateur, puisque l'armateur n'est pas en cause.

A l'égard des chargeurs qui n'ont pas signé de négligence-clause, l'action d'avaries ne peut être intentée, la faute du capitaine supprime à leur endroit le caractère d'avarie commune du dommage. On concevrait au contraire qu'entre chargeurs ayant accepté la clause, le fait soit présenté comme cas fortuit, puisque tous conventionnellement lui auraient imprimé ce trait. Cette solution ne peut pas davantage être reconnue, elle se heurte elle aussi à l'impossibilité de ramener à la force majeure, la faute démontrée d'un débiteur.

180. — Le principe d'interprétation de la clause, en fonction de la volonté des parties, impose également de prohiber tout détournement de la clause de sa fin et de sanctionner cette situation par le rétablissement de la responsabilité du débiteur.

On trouverait un exemple de cette règle, dans un juge-

(5) Haute-Cour Justice Angleterre, 12 mars 1930, précité.

ment du tribunal de Gênes, qui montre un capitaine refusant de livrer la marchandise transportée, afin de réaliser un bénéfice égal à la différence de la valeur du bien et de la clause limitative (1). Sans doute y avait-il inexécution volontaire d'une obligation essentielle du transporteur, mais le dol du capitaine ou de l'équipage est couvert par la clause de négligence : si le jugement condamne l'armateur, c'est donc qu'il y avait détournement de la fonction de la clause : elle est destinée à protéger l'armateur contre les actes de ses préposés, mais ne permet pas à ceux-ci de ne pas rendre à leur gré l'objet transporté.

On trouve une illustration moins grossière de ce principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation de France qui, depuis l'arrêt Teissier (2), admet que si l'armateur a retiré profit de la faute du capitaine, il se trouve sans droit pour opposer la clause de négligence (3). Cette jurisprudence touche à l'un des problèmes les plus intéressants soulevés par la clause d'irresponsabilité, celui des obligations du débiteur protégé par la clause.

La solution du problème ne peut faire de doute. A la différence des causes limitant le degré de diligence du débiteur, la clause d'exonération laisse intactes les obligations imposées par le contrat. Tout relâchement du débiteur, tout acte qui le montrerait se conduisant autrement qu'un autre individu non protégé par la clause,

(180-1) Trib. Gênes, 6 décembre 1923, 7 janvier 1924 : Dor. 7, 452.

(2) Cass., 5 juin 1920, Teissier : G. Pal. 1920, 2, 134 - D. 1920, 1, 181 - Rev. int. dr. mar. XXXII, 306 - S. 1921, 1, 293 et la note.

(3) V. sur ce problème G. Ripert, Dr. mar., II, n. 1756 et 1737, p. 703 et 682. — Note sous Cass. req., 5 juin 1920 : Rev. int. dr. mar., XXXII, 306. — Circ. Armateurs, n° 1124. — Bonnetcase, Mar., n. 515-516; — et déjà Boutaud, n. 160, p. 284 et s. — Cass., 2 juin 1886 : Rev. int. dr. mar. 1886-87, p. 132.

constitue de sa part une faute lourde, voire même un dol au sens large du mot du droit allemand.

Quand il s'agit de faute personnelle, ou même des conventions ordinaires d'irresponsabilité du fait d'autrui, la reconnaissance de la faute lourde ou du dol suffit à engager la responsabilité du débiteur. On ne saurait admettre, que si l'application de la clause lui permet de réaliser un profit, il en doit compte au créancier, — et distinguer de ce profit direct, le simple profit indirect (économie de frais et de main-d'œuvre) qu'il pourrait légitimement conserver (4). La faute lourde commise empêche dans l'un et l'autre cas l'application de la clause d'exonération. Au surplus, bien que la jurisprudence ne permette pas d'user de la clause de manière à en tirer profit, elle n'applique nullement les règles de l'enrichissement sans cause, ne donne pas d'action dans la seule mesure de l'enrichissement, mais condamne à la réparation intégrale du préjudice causé. D'ailleurs, et en allant encore plus au fond, l'interprète est placé devant l'une ou l'autre branche de l'alternative suivante. Ou la clause d'irresponsabilité couvre un acte correct du débiteur, et ce dernier est à l'abri de toute poursuite du créancier quel que soit l'avantage qu'il en ait pu retirer; il trouve dans la clause un droit à conserver l'enrichissement (5). Ou la faute commise était hors de la convention d'irresponsabilité et aucune limitation ne peut être posée au droit à réparation. Ce n'est pas dans la mesure de l'enrichissement, mais dans celle du dommage qu'est tenu l'auteur de l'acte illicite (6).

(4) V. Demogue, *Oblig.*, V, n° 1205.

(5) V., sur la notion de cause dans l'action de *in rem verso*, Planiol, Ripert, Esmein, t. VII, n°s 763 et 764, p. 58, et Rouen, 13 mars 1930 : *Dor Sup.* 8, 248.

(6) V. toutefois Com. Havre, 19 mars 1928 : *Rec. Havre* 1928, 1, 111, qui n'accorde l'action que dans la mesure du profit.

La notion d'enrichissement sans cause est donc insuffisante. La responsabilité du débiteur est engagée parce qu'il a commis une faute lourde ou un dol. Il y a même plus : quand le débiteur, sous le couvert de la clause s'efforce de rendre moins lourdes ses obligations, il n'use plus de la convention pour se prémunir des risques éventuels de son activité mais pour en tirer un avantage pécuniaire. Un abus de droit est commis dans l'application de la clause, très voisin de ceux qui ont été antérieurement relevés pour les conventions relatives à l'étendue des obligations du débiteur (7).

Cette analyse présente tout son intérêt quand on passe des conventions ordinaires d'irresponsabilité aux clauses de négligence : en effet, si l'on se contentait de voir dans le manque de vigilance du débiteur, une faute lourde — voire un dol — on se heurterait au principe établi que la négligence-clause couvre toute faute des préposés nautiques de l'armateur. Quand la Cour de cassation a, dans l'arrêt Teissier, déclaré que l'armateur ne pourrait opposer la clause de négligence à raison de la faute lourde du capitaine qui avait tourné à son profit, les critiques que la doctrine a pu lui adresser se trouvèrent fondées, la faute lourde du capitaine ne faisant pas obstacle à l'application de la négligence-clause, et l'action n'étant pas intentée dans la mesure du profit retiré par l'armateur. Dans les arrêts récents la Cour de cassation ne parle plus seulement de faute lourde ou lucrative (8).

Les critiques que l'on peut adresser à l'argumentation de la Cour de cassation laissent d'ailleurs intacte l'exactitude de la solution donnée. Quand un déchargement est fait sans précaution, — la marchandise laissée sous la pluie afin que l'achèvement rapide des opéra-

(7) *Supra*, n^{os} 95 et s.

(8) Civ., 24 mars 1930 : Dor Sup. 8, 241 - G. Pal. 1930, 2, 37.

tions permette de libérer plus vite le navire (9), — quand les marchandises pour lesquelles a été payé un fret correspondant au transport en cale sont chargées en pontée (10), — ou mal arrimées afin de gagner de la place et percevoir un fret supplémentaire (11), — quand le navire pour gagner un fret qui, sans cela, lui échapperait, repart sans être remis en état (12), ou indique un lieu de destination inexact (13); — c'est à juste titre que la Cour de cassation refuse l'application de la clause d'exonération, car il y a un détournement de la fin contractuelle.

On pourrait être tenté de proposer une analyse différente et de justifier la responsabilité de l'armateur par une ratification tacite de la faute du capitaine résultant de l'acceptation du profit par l'armateur (14); mais par certains points cette théorie ne se montre pas satisfaisante. Elle implique, d'une part, une connaissance de

(9) Com. Marseille, 27 juillet 1927 : Sem. Jur. 1927, 1357 - Dor Sup., V, 468. — Aix, 29 octobre 1924, Belgrano : Dor Sup. 2, 877.

(10) Com. Seine, 16 mai 1927 : Dor Supr. 1927, 512. — Com. Marseille, 24 octobre 1924 : Rec. Marseille, 1926, 1, 123. — Cass., 5 juin 1920, précité. — Req., 24 avril 1928 : Dor Sup., 6, 130.

(11) Com. Marseille, 23 janvier 1930 : Dor. Sup. 1930, 181. — Rouen, 6 mai 1923 : Dor. Sup., I, 52. — Rapp., pour un chargement en cale exagéré, Req., 19 décembre 1923 : G. Pal. 1923, 1, 356.

(12) Com. Marseille, 29 juillet 1930 : Dor Sup. 1930, 462. — V., pour le mauvais aménagement des cales, Civ., 24 mars 1930, précité. — Rouen, 15 mai 1929 : Rec. Havre, 1929, 2, 125.

(13) Req., 13 juillet 1926 : S. 1926, 1, 260 - Dor Sup. 4, 677. — Rouen, 9 avril 1924 : Dor Sup. 2, 487. — V. encore, pour des hypothèses diverses, Paris, 31 décembre 1927 : Dor Sup. 6, 452. — *Id.*, 5 mars 1928 : Rec. Havre 1928, 1, 197. — *Id.*, 19 mars 1928 : Rec. Havre 1928, 1, 115. — Marseille, 27 février 1928 : Dor Sup. 6, 183. — *Id.*, 14 octobre 1928, 13 mai, 2 août 1929 : Dor Sup. 7, 36, 327, 469. — *Id.*, 23 janvier 1930 : Dor Sup. 1930, 181.

(14) Sur l'effet de la ratification par l'armateur des fautes du capitaine, V. G. Ripert, Dr. mar., II, n° 1754. — Cpr. Cassan, *op. cit.*, p. 144.

l'acte du capitaine qui peut être absolument défailante chez l'armateur, — mais, et l'objection est plus grave, elle suppose que jusqu'au moment de la ratification tacite, l'action ne peut être intentée contre l'armateur ; or, dès la survenance du préjudice, ce dernier se trouve responsable. C'est donc que la clause ne s'est jamais appliquée et le détournement de la clause, de sa fonction normale, justifie seul ce résultat.

Cette jurisprudence récente — en cohésion parfaite avec celle rendue sur les clauses limitatives de l'étendue des obligations du débiteur — est d'une extrême importance en matière maritime. Elle apparaît comme un procédé de lutte les plus efficaces contre les abus des clauses d'exonération, et il est frappant, à la lecture des différents recueils, de voir avec quelle rapidité s'allonge la liste des décisions, refusant d'appliquer la clause d'exonération à raison du profit retiré par l'armateur.

On rattachera encore au respect de la volonté des contractants et du but qu'ils cherchent à atteindre, la solution d'un autre problème : l'effet de la nullité de la clause sur le contrat (15).

Il est assez difficile de rencontrer en jurisprudence des hypothèses de ce genre. Il faudrait imaginer que les parties ont formellement prévu l'exonération du dol,

(15) V. J. Van Ryn, *op. cit.*, n° 11. — V., pour l'Allemagne, le § 139 C. civ. — Pour la Suisse, l'art. 20 C. Oblig., et Oser, *Obligationrecht*, 322. — Schneider et Fick, art. 100, n° 8, et art. 101, n° 10.

(16) V. pourtant Ap. Nancy, 15 janvier 1929, Fontaine : S. 1930, 2, 26 et la note de M. H. Rousseau, pour une clause par laquelle le mandant refusait d'admettre toute poursuite à raison des actes de son gérant mandataire. La Cour n'a pas statué en l'espèce parce qu'elle n'a pas considéré la clause comme portée à la connaissance des tiers, mais il y avait là une destruction certaine du contrat de mandat.

d'une faute lourde, ou ont stipulé une clause d'exonération interdite par la loi. Le premier cas est invraisemblable, car on ne songe guère à contracter en laissant l'obligation sous la condition purement potestative du bon vouloir du débiteur (16) ; les autres sont assez rares. On ne rencontre guère de clauses d'exonération de la faute lourde : seules autrefois de vieilles stipulations notariales (17), des clauses d'agences de renseignements, la contenaient ; aujourd'hui, les clauses d'exonération du retard subi par les abonnés des compagnies de chemins de fer en montrent encore des exemples. A supposer que la nullité de la clause soit dans ce cas reconnue, retentirait-elle sur l'ensemble du contrat ? Aux termes d'une jurisprudence formelle, il ne pourrait en être ainsi que si la convention particulière conditionnait, « causait » le contrat tout entier (18). Or la clause d'exonération ne joue pas normalement ce rôle, car la cause du contrat est l'obtention des prestations réciproques, et non l'irresponsabilité éventuelle. Il n'en serait autrement que dans les hypothèses exceptionnelles, mais concevables, où les parties auraient entendu subordonner leur engagement à la suppression des dommages-intérêts (19). Les lois prohibitives des clauses d'exonéra-

(17) R. Chossegros, *op. cit.*, p. 24.

(18) Cette jurisprudence a eu surtout l'occasion de s'affirmer pour les contrats contenant des clauses de paiement indépendant de la monnaie nationale (V. Cass., 20 mars 1929 : G. Pal. 1929, 1, 723 - G. Trib., 6 juin 1929. — Ap. Paris, 18 novembre 1926 : G. Pal. 1927, 1, 82. — Civ. Seine, 18 octobre 1929 : G. Pal. 1929, 2, 775 et la note. — Paris, 9 juin 1928 : G. Pal. 1928, 2, 413. — Seine, 9 décembre 1929 : G. Pal. 1929, 1, 282. — Besançon, 6 décembre 1929 : G. Pal. 1930, 1, 282. — V. Lalou, note D. P. 1924, 2, 17 et 97. — Rousseau, note S. 1926, 2, 4. — Voirin, Sort du contrat contenant une clause payable or : Rev. crit. 1926, 337. — Démogue, note Rev. Trim. 1924, 998.

(19) V. par exemple Civ., 12 décembre 1899 : P. fr. 1900, 1, 241, note de M. F. Génv. — Il pourrait encore en être ainsi pour une

tion se contentent de les annuler sans frapper de la même invalidité le contrat tout entier (20).

Les contractants ne contreviennent d'ailleurs pas généralement aux interdictions légales ou jurisprudentielles. Ils se contentent d'indiquer dans une formule très générale que le débiteur ne sera pas responsable de l'inexécution du contrat. Ne peut-on pas alors reprocher à la clause de couvrir, éventuellement, le dol ou la faute lourde du débiteur, et ne doit-on pas, à raison de la compréhension de ses termes, la déclarer entachée de nullité absolue ?

Par trois arrêts la Cour de cassation a rejeté cette argumentation (21). Du moment que la clause litigieuse

clause formelle d'exonération du dol qui marquerait l'absence d'engagement du débiteur (Liège, 18 mars 1925 : *Jur. Liège* 1925, 99).

Mais cette solution est exceptionnelle, ce qui conduit à refuser d'admettre une théorie présentée d'ailleurs sous une forme très dubitative par M. Mazeaud (*Rev. Trim.* 1929, n° 102, p. 660 et s.), qui estime qu'au cas d'inexécution volontaire d'une obligation essentielle du contrat, l'obligation de réparation serait imposée, et la clause de non-responsabilité déclarée nulle comme contredisant cette obligation. La nullité de la clause s'étendrait au contrat et l'on justifierait ainsi le renversement de la preuve, puisqu'au cas de contrat nul, la responsabilité est de nature délictuelle. Cette explication, présentée pour justifier le renversement de la preuve, dépasse son but. Jamais la jurisprudence n'a admis au cas de clause de non-responsabilité que le contrat soit nul. C'est même parce que la clause est valable qu'elle produit l'effet du renversement de la preuve.

(20) V. par exemple la loi de ratification de la Convention de Varsovie sur le transport aérien : *Rev. Trim.* 1931, n° 1, Notes parlementaires, p. 108.

(21) Civ., 12 mai 1930 : *G. Pal.* 1930, 2, 118. — 21 juillet 1930 : *G. Pal.* 1930, 2, 373. — 11 février 1931 : *G. Pal.* 20 mars 1931.

V. de même Cass. Italie, 18 octobre 1924 : *Dor* 10, 392, et également Cass., 15 novembre 1928 : *Dor* 21, 407. — Pour la Belgique, cf. *Com. Bruxelles*, 13 décembre 1920 : *Jur. Com. Bruxelles* 1921, 133, qui annule. — Dans le même sens : Ch. fédérale appels, Cité de Buenos-Ayres, 17 juin 1925, Tanenfjord : *Dor* 12, 38.

n'est pas invoquée pour réaliser l'exonération de responsabilité d'un acte illicite, rien n'autorise les juges à lui refuser effet (22). Il y a là une sorte de divisibilité des cas d'application d'une clause, imitant celle du contrat de mariage, et relevant toutes deux d'un principe plus général d'interprétation des conventions.

181. — Il ne suffit pas d'avoir ainsi examiné la clause dans les rapports entre les parties, on doit encore étudier leur condition à l'égard des tiers.

Si un tiers cause le dommage dont souffre le créancier, le droit à réparation de ce dernier est évidemment conservé. — Mais, autant ce principe est évident au cas de faute exclusive du tiers, autant son application est délicate, quand le dommage tient à la faute conjointe du tiers et du débiteur. Par application d'une jurisprudence ancienne et bien établie dans certaines de ses solutions, sinon dans son fondement, les deux auteurs sont solidairement responsables du préjudice causé. La victime va donc se tourner contre le tiers, lui demander réparation complète; mais ce dernier, par l'action récursoire contre le débiteur, lui fera supporter une part de la charge des dommages-intérêts. Par un circuit d'actions, et par suite de la présence d'un tiers coauteur, la responsabilité du débiteur renaît, malgré la clause d'exonération.

La jurisprudence avait admis cette solution en matière d'abordage maritime (1). La loi du 15 juillet 1915, modifiant l'article 107 C. com., a supprimé la solidarité au cas de faute commune, sauf pour les dommages corporels. Par cette modification de la jurisprudence sur

(22) V. de même Pothier, t III. — Ed. Buguet, 78, pour la clause générale de non-garantie qui comprend nécessairement le fait personnel mais qui n'en produit pas moins effet.

(181-1) Civ., 11 juillet 1892 : D. 1894, 1, 564, note de M. Levillain. — G. Ripert, Dr. mar., II, n° 1769, 3^e éd., p. 719.

un point particulier, la solution de principe se trouve législativement consacrée. Pour les atteintes à la personne, ou pour tous les dommages causés en dehors du droit maritime (abordage fluvial, solidarité de la compagnie de chemins de fer et d'un expéditeur ayant commis une faute dans le chargement) (2), la solution ancienne doit être maintenue, et il semble impossible de la critiquer malgré sa vigueur, car la négligence-clause ne pourrait améliorer sa condition. On aurait pu pourtant soutenir que le recours d'un coauteur contre un autre vient de ce qu'il a payé pour autrui, qu'il est subrogé aux droits du créancier. Le tiers peut donc se voir opposer la clause de négligence. Il est vrai qu'il supporte alors la totalité de la réparation, mais si l'on admet avec la jurisprudence que cette solidarité particulière des coauteurs d'un délit civil a pour base le fait que chaque faute a été la cause de la totalité du dommage, cette solution cesse de paraître anormale.

Le problème inverse se pose également et il consiste à se demander quel est à l'égard d'un tiers, victime du dommage par suite de l'inexécution d'un contrat, l'effet de la clause d'irresponsabilité stipulée par le créancier? La question n'est pas étrange, parce qu'un tiers souffrant par la faute du débiteur, d'un préjudice qui l'a atteint personnellement, possède pour obtenir réparation une action directe qui lui appartient en propre, fondée sur l'article 1382 (3) et même (on ne voit pas

(2) Paris, 15 novembre 1919 : G. Trib. 1920, 2, 40 - Rev. Trim. 1921, 356.

(3) Sur le droit d'action du tiers, V. Lalou, 1382, contre 1165 : D. H. Chron. 1928, p. 69. — Les ayants droit à indemnité à la suite d'accidents mortels : D. H. Chron. 1931, p. 21. — L. Josserand, note D. P. 1929, 2, 161, et Transports, n^{os} 921 et s. — G. Ripert, Dr. mar., II, n. 2000 *bis* et 2003 *bis*, 3^e éd., p. 991 et 996, et note D. P. 1926, 1, 5. — P. Esmein, note S. 1925, 1, 249.

V., sur l'application du principe au patron au cas de vol des

d'ailleurs quelle raison s'oppose à cette extension) sur l'article 1384 ainsi que l'a admis un arrêt récent de la Cour de Paris (4).

Il est évident que le tiers (ou ce qui revient au même, le créancier n'ayant pas accepté la clause) conserve intacts ses droits (5). Pour que le problème se pose d'une manière intéressante, il faut supposer que la personne lésée, se trouve être l'héritier de la victime. Une partie importante de la jurisprudence admet, en ce cas, qu'il trouve dans la succession l'action contractuelle en dommages-intérêts, paralysée par hypothèse par la clause

échantillons de son voyageur de commerce au cours d'un transport, Req., 26 octobre 1896 : S. 1897, 1, 237 - D. 98, 1, 501. — *Id.*, 6 novembre 1912 : D. 1913, 1, 515 - Rev. Trim. 1914, 407. — V., au cas d'accidents, les décisions suivantes qui ont reconnu le droit d'action :

Au conjoint : Paris, 5 février 1930 : G. Pal. 1930, 1, 639. — Cass., 4 mars 1872 : D. P. 1872, 1, 327.

A la concubine : Lyon, 23 juin 1927 : La Loi, 10 mars 1928 - Mon. Jud. Lyon, 14 février 1928. — Civ., 28 février 1930 : D. P. 1930, 1, 49.

Aux héritiers : Lyon, 20 mai 1926 : S. 1926, 1, 58. — Alger, 9 janvier 1924 : G. Pal. 1924, 1, 587 - Rev. Trim. 1924, 380. — Cass. b., 30 juin 1930 : Pas. 1930, 1, 281.

A la sœur : Crim., 21 février 1929 : G. Trib. 1929, 2, 54 - Rev. Trim. 1929, 500, à condition qu'il y ait communauté de vie. — Crim., 7 février 1913 : D. 1913, 1, 373. — 21 février 1918 : B. Tr. 1919, 95.

A l'enfant naturel ou adultérin : Corr. Seine, 14 décembre 1926 : D. 1927, 2, 55, note H. L. — Crim., 10 janvier 1929 : D. P. 1929, 1, 40 - G. Pal. 1929, 1, 290.

Aux père et mère : C. E., 25 juillet 1919 : Bull. Tr. 1920, 31.

Au patron : Paris, 26 mars 1930 : La Loi, 26 septembre 1930.

A la légataire universelle : Req., 10 avril 1922 : Bull. Tr. 1922, 51.

A la fiancée : Cour d'assises Dordogne, 24 mai 1930 : D. P. 1930, 2, 133, note Lalou.

(4) Paris, 18 juillet 1930, Hallet : G. Pal. 1930, 2, 674.

(5) Paris, 11 février 1922 : G. Trib. 1922, 2, 237 - Rev. Trim. 1922, 641 - et les observations de M. R. Demogue.

d'irresponsabilité (6). La présence de cette action dans leur patrimoine ne l'empêche-t-il pas d'obtenir réparation? La réponse doit être négative, car l'héritier ne souffre pas moins d'une cause de préjudice distinct de celui qu'a subi le créancier, de dommages matériels et moraux propres. Les actions contractuelle et délictuelle peuvent dans ce cas coexister ; le tiers a l'une et l'autre à sa disposition, sans que l'on puisse parler de cumul de responsabilités, puisque les actions sont nées en deux patrimoines différents, et de deux causes distinctes.

Il résulte de cette considération que les clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité sont inopposables aux héritiers de la victime ; — solution confirmée par un arrêt connu de la Chambre des requêtes (7). Cette décision a pourtant été vivement critiquée et les observations que l'on a pu faire à son sujet méritent un

(6) La jurisprudence est d'ailleurs assez incertaine sur la transmissibilité de l'action. Elle ne la reconnaît souvent que si la victime n'est pas morte sur le coup, exigeant qu'un droit à réparation soit né de sa personne (Paris, 11 juillet 1928 : G. Pal. 1928, 2, 650 et la note). Un revirement s'est toutefois produit (V. Paris, 5 février 1930, précité).

Elle hésite ensuite sur le fondement de cette transmissibilité, la rattachant tantôt à la saisine (Melun, 3 février 1927 : G. Pal. 1927, 2, 300. — Lyon, 12 janvier 1928 : Mon. Jud. Lyon, 21 août 1928. — *Id.*, 11 juillet 1927 : Mon. Jud. Lyon, 20 avril 1928 - La Loi, 10 mai 1928), tantôt à une stipulation pour autrui ou à une représentation (Grenoble, 15 mars 1921 : D. P. 1922, 2, 25, note de M. A. Rouast. — Angers, 13 mai 1929 : G. Pal. 1929, 2, 315 - D. P. 1929, 2, 161, note de M. L. Josserand - Rev. Trim. 1929; 1088, note de M. R. Demogue. — V. également la note du même auteur : Rev. Trim. 1927, 657).

(7) Req., 27 juillet 1925, Compagnie des chargeurs réunis : D. P. 1926, 1, 5, note G. Ripert — (et la note de M. G. Ripert sur l'arrêt de Rouen : Dor VII, 348) D. H. 1925, 533 - S. 1925, 1, 249 et la note de M. P. Esmein - Gaz. Pal. 1925, 2, 653 - G. Trib., 2 décembre 1925. — Sur Rouen, 16 janvier 1924.

examen particulier, car elles permettent de pénétrer davantage la distinction entre les clauses de non-responsabilité et les clauses déterminant la mesure des obligations du débiteur.

On a reproché à la Cour de cassation d'avoir oublié que, si la faute avait bien causé un préjudice au tiers, l'accident n'en était pas moins arrivé au cours de l'exécution d'un contrat, que la faute devait être appréciée en fonction du contrat, et qu'on ne pouvait reprocher au transporteur une faute que, conventionnellement, les parties avaient entendu négliger (8).

182. — On peut se demander si ce raisonnement ne s'explique pas — comme il l'a été déjà noté sur bien des points — par une distinction insuffisamment précise entre les clauses de détermination de l'étendue de l'obligation et celles qui visent l'exonération de responsabilité. Quand il s'agit d'une convention de dépôt gratuit par exemple — dans laquelle le débiteur n'est tenu que de la *diligentia quam suis* (art. 1927 C. civ.), il est certain que, si une faute légère est commise, l'héritier ne peut intenter l'action délictuelle pas plus que ne l'aurait pu faire son auteur. C'est que le contrat a vraiment modelé l'étendue de l'obligation et que dans l'exercice de l'action délictuelle, on se heurte à la détermination par le contrat lui-même des actes licites de la part du débiteur. Dans la clause de non-responsabilité au contraire, le créancier a renoncé aux dommages-intérêts éventuels, mais les obligations du débiteur sont restées intactes. Si l'héritier exerce l'action contractuelle, il est lié par la clause d'exonération; — s'il agit au contraire, en réparation du préjudice propre qu'il

(8) G. Ripert, note D. P. 1926, 1, 5 et Dr. mar. II, n^{os} 2000 *bis* et 2003 *bis*, 3^e éd., p. 991 et 996. — Rapp. Labbé, note S. 1885, 4, 25.

à subi, il ne peut se voir opposer une convention qui ne modèle nullement l'étendue des obligations du débiteur.

La situation de l'héritier est donc exceptionnellement favorable. Sans doute devra-t-il administrer la preuve de la faute du débiteur, mais il en est ainsi dès qu'une clause de non-responsabilité a été insérée. Il aura, de plus, l'avantage d'éviter l'application de la négligence-clause, et même de pouvoir intenter l'action de l'article 1384 dès qu'on lui en aura reconnu l'exercice.

183. — Un dernier point doit être enfin résolu : l'application de la clause en droit international privé (1).

Une idée essentielle paraît dominer la jurisprudence française : la loi applicable à la clause d'exonération est celle que les parties ont conventionnellement acceptée, liberté leur étant reconnue sur ce point, en vertu de la règle d'autonomie de la volonté. L'adoption du droit étranger peut être expresse, — elle peut être tacite et la jurisprudence se sert de maintes présomptions pour la décider (nationalité commune des parties, usages antérieurs, contenu du contrat), ayant tendance au cas d'impossibilité de détermination rigoureuse de la volonté, à remettre à la *lex loci contractus* de régler le contrat (2).

Ces solutions paraissent étranges, si l'on se rappelle que la jurisprudence place les clauses d'exonération de

(183-1) V. sur cette question Lyon-Caen, note S. 1911, 1, 129. — Pillet et Niboyet, Manuel, n^{os} 512, 512 bis, 690. — J. Bonnet, n^{os} 791-792. — Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., t. VI, n^o 467, p. 641 ; n^o 473, p. 655. — J. Kayser, L'autonomie de la volonté en droit intern. privé : Clunet 1931, p. 32 et s.

(2) Cass., 5 décembre 1910 : S. 1911, 1, 129, note de M. Ch. Lyon-Caen (1^{re} espèce, révèle d'ailleurs un conflit entre l'adoption conventionnelle du Harter Act et l'insertion d'une clause d'exonération).

responsabilité sous le signe de l'ordre public : il est donc naturel de voir le principe précédent limité dans son domaine, au droit maritime (3), où la jurisprudence reconnaît la validité de la clause et autorise des dérogations conventionnelles qui ne peuvent que recréer la responsabilité du transporteur. Mais en droit terrestre cette solution ne peut être admise, la Cour de cassation considérant comme une règle essentielle l'obligation pour le débiteur de réparer les dommages causés par son activité fautive. L'ordre public intervient pour limiter le domaine de l'autonomie de la volonté (4).

On pourrait même être tenté de donner une solution plus précise du problème, en rappelant l'explication du renversement de la preuve par la sous-jacence de la responsabilité délictuelle. Le caractère d'ordre public de l'article 1382 donnerait une base solide à l'interdiction de toute dérogation conventionnelle sur le plan international. Ce raisonnement n'est malheureusement pas admissible, puisque la jurisprudence française reconnaît compétence pour régir les effets des quasi-délits civils à la loi du lieu où s'est produit l'acte dommageable, ou selon une formule plus précise, à la loi du lieu où se produisent les conséquences préjudiciables du délit. Il en résulte, en premier lieu (et telle ne serait pas la conséquence la moins curieuse et la moins admissible du cumul des responsabilités) que ce serait d'après cette loi que devrait être admise l'action du

(3) Cass., 23 février 1864, *Compagnie P... et O... c. Jullien* : S. 1864, 1, 388. — Req., 28 mars 1900 : S. 1901, 1, 405.

(4) Une solution différente devrait être admise si l'on considérait que la défaveur témoignée à la clause tient au défaut de consentement du créancier. Les règles relatives à la protection du consentement relèvent de la loi nationale, seraient seules prohibées : les clauses intéressant les Français, ou les étrangers dont la loi personnelle prohibe également pour cette raison l'exonération de responsabilité.

créancier lésé agissant par l'action délictuelle. Il en découle ensuite que de cette loi seule dépendrait l'admission d'une exonération conventionnelle de la responsabilité délictuelle. Parti d'une idée d'ordre public, le raisonnement se retournerait ainsi contre lui-même.

En réalité, il est inutile de chercher à préciser davantage l'idée arbitraire de l'ordre public que l'on doit redonnaître en droit international privé — puisque par maintes décisions (art. 103 C. com., L. 1898, art. 30, sur les accidents du travail; L. 10 avril 1930), le législateur a marqué le caractère d'ordre public de sa législation interne (5). Les parties ne peuvent, en France, stipuler, par recours à une loi étrangère, une exonération de responsabilité plus large que ne le fait le droit français. La Cour de cassation l'a formellement reconnu; refusant même de faire produire effet à une telle convention passée à l'étranger (6). Quand la réglementation de la Convention de Bruxelles aura pénétré dans notre droit, toute dérogation de ce genre sera interdite dans la sphère d'application de la convention. L'adoption conventionnelle d'un droit étranger constituerait une convention nulle. Certaines hypothèses de ce genre se sont déjà fait jour en Belgique, et si la Cour de Bruxelles a validé de semblables conventions, d'autres juridictions les ont annulées comme contenant une fraude à la loi. Ces conventions relatives à l'application du droit international privé deviennent d'ailleurs moins fréquentes au fur et à mesure que, dans les contrats internationaux, une législation commune règle de

(5) On n'entend d'ailleurs nullement soutenir que toute disposition d'ordre public interne présente ce caractère en droit international. Mais souvent l'interprète pourra en dégager un préjugé puissant.

(6) Cass., 31 mars 1874 : D. 1874, 1, 303 - S. 74, 1, 385 - P. 74, 946. — Cass., 12 juin 1895 : D. 1895, 1, 41 - S. 1895, 1, 161, note de M. Lyon-Caen. — Rapp. Rabat, 25 mars 1930 : G. Trib. Maroc, 5 avril 1930 - G. Pal. Som. 1930, 46 - Dor Sup. 8, 389.

façon générale la responsabilité du débiteur : telle la Convention de Berne de 1890, pour les transports par chemin de fer, la Convention de Bruxelles, pour les transports maritimes.

Les solutions précédemment dégagées ne sont applicables qu'aux seules clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité. Au contraire, les clauses de détermination de l'étendue de l'obligation rentrent dans le champ de l'autonomie de la volonté : ce sont à elles, que l'on peut véritablement appliquer la formule, qui imposent de soumettre « les effets et conditions des contrats », à la loi conventionnellement adoptée par les parties.

Ainsi se termine l'étude de l'exonération de responsabilité pour faute, les problèmes qu'elle soulève ayant été successivement étudiés, entre les parties, entre les cotractants et les tiers, et dans le domaine des conflits de loi.

184. — Mais en dehors de la responsabilité pour faute, le droit moderne a vu se développer, avec les articles 1384 et ss. C. civ., des types nouveaux de responsabilité dont l'examen doit être entrepris successivement pour les diverses hypothèses qu'ils prévoient et en discutant pour chacun la possibilité d'une exonération conventionnelle (1).

L'alinéa 1^{er} de l'article 1384 C. civ. relatif à la responsabilité du fait des choses pose particulièrement un problème difficile. La solution que l'on doit adopter à son égard dépend de l'analyse que l'on en présente, et du fondement qui lui est reconnu.

Il faut, tout d'abord, écarter l'opinion qui affirme l'admission par la jurisprudence de conventions dérogeant aux articles 1384 et s. C. civ. Cette doctrine se

(184-1) H. Mazeaud : S. 1928, 2, 145, 3^e col. *in fine*; 146, 1^{re} col.

— Lalou, n. 552.

fonde sur l'arrêt de cassation intervenu dans l'affaire Hurtault, complètement étranger à la difficulté présente, ainsi qu'il l'a été antérieurement démontré (1^o). Mais à l'inverse, on ne peut se contenter d'affirmer que les articles 1384 et s. C. civ. sont d'ordre public, car on en devrait apporter la démonstration : on ne voit pas pourquoi il serait illicite que deux particuliers conviennent, que l'un d'eux ne sera tenu de verser à l'autre les dommages-intérêts qu'il lui aurait normalement dus.

Il n'existe donc qu'un seul moyen d'examiner ce problème, c'est de l'envisager en rapport avec les principes ; — c'est, d'après eux, qu'il doit être examiné en montrant comment sa solution dépend des analyses différentes que l'on peut donner de l'article 1384, alinéa 1^{er}, 1385 et 1386 C. civ.

Du jour où l'article 1384, alinéa 1^{er} C. civ. acquit une vie indépendante, on lui donna le caractère d'une présomption de faute. Mais comme il ne paraît pas condamnable de s'en affranchir, on conçoit que l'on pourrait appliquer à la clause d'exonération de l'article 1384 le système suivi en matière contractuelle. La convention écarterait la présomption de responsabilité. Seule la faute prouvée de l'auteur l'obligerait à réparation.

Pourtant, l'explication de l'article 1384, présentée par la doctrine durant ces dernières années, conduit à rejeter cette première solution, car on soutient que ce texte n'édicte pas une présomption de faute, mais crée à la charge du gardien l'obligation de ne pas perdre la maîtrise de la chose. Par le fait même de la survenance du dommage, l'incapacité du gardien à veiller sur la chose, sa faute dans le devoir de garde se trouvent réalisées, — l'application de l'article 1384 ne traduit pas la mise en jeu d'une présomption de faute, mais la

1^o) *Supra*, n. 27. — Cpr. Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., t. VI, n. 404, p. 565.

sanction d'une faute prouvée (2). Si l'on accepte ce fondement donné à l'article 1384, le système du renversement de la preuve devient inadmissible, puisque le fait même de l'accident constitue la démonstration de la faute.

La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation relève d'une idée semblable. Elle impose une obligation de garde : la faute résulte de sa violation ; et son existence met obstacle à l'admission d'une convention d'irresponsabilité (3).

Tentera-t-on, alors, d'en analyser la gravité pour permettre l'exonération du gardien, si sa faute est légère ? Il suffit de poser le problème pour apercevoir le vice que contient son énoncé. La faute suppose la violation consciente ou non d'un devoir, un défaut de vigilance, une négligence, l'analyse d'un état psychologique... il n'y a rien de tel dans la violation de l'obligation prétendue de garde. L'accident est causé le plus souvent par la chose sans que l'on puisse reprocher au gardien la moindre négligence, sans qu'un débiteur soit tenu, au sens strict d'une obligation, d'un devoir de soins envers un créancier.

A vrai dire, il s'agit moins d'une obligation de garde que d'une obligation de réparation, moins d'une notion de faute que de l'existence d'un risque attaché à la garde. On ne peut même pas dire que l'on reproche à l'individu d'avoir introduit dans l'activité économique une chose dommageable ; on lui impose seulement la réparation des dommages qu'il pourra causer. Il n'y a plus dans la conception actuelle de l'art. 1384 quoi que

(2) L'idée est particulièrement développée par M. Mazeaud *in* « La faute dans la garde » : Rev. Trim. 1925, 792 et s.

(3) Sur l'arrêt du 13 février 1930, V. G. Ripert, noté D. P. 1930, 1, 57. — H. Capitant : D. H. 1930, 29. — M. Picard : Rev. Ass. Ter. 1930, p. 259. — Rapp. L. Josserand : Chron. D. H., 1930, p. 25.

ce soit de la notion classique de responsabilité avec sa double caractéristique, de sanction d'une faute et de peine pécuniaire. En même temps que l'assurance rendait possible l'extension de la responsabilité, elle la dénaturait et y substituait la notion de garantie, à laquelle sont étrangers les deux traits de moralité et de peine privée, et qui traduit l'idée toute différente de la pénétration de l'assistance dans le droit de la responsabilité. Par une sorte de présomption irréfragable, mais souvent fausse, l'auteur étant réputé fortuné et la victime nécessiteuse, le droit à réparation de celle-ci se trouve reconnu.

Quand on rétablit ainsi, par delà les apparences, le sens de la jurisprudence actuellement élaborée sur la responsabilité du fait des choses, la solution du problème des clauses d'irresponsabilité ne semble pas douteuse. S'il ne s'agit pas seulement de réparation due aux individus, mais d'une conception politique et sociale, imposant la réparation des dommages causés par l'activité de ceux qui détiennent la puissance économique, la clause d'irresponsabilité doit être frappée de nullité absolue. Nulle dérogation ne doit être admise, ni à l'art. 1384, ni à ses frères mineurs, les art. 1385 et 1386, sur lesquels l'attention se porte moins, mais qui sont modelés par le premier. Dans le droit de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, tout imprégné de responsabilité objective, le Code civil a pu ne pas régler le sort des clauses d'irresponsabilité, la législation maritime les annulant seule, mais la doctrine soviétique ne s'est pas trompée sur ce silence, « elle s'est prononcée en tous cas contre la validité de ces clauses.. » qu'elle trouve contraires à l'esprit du droit soviétique (4).

(4) V. A. Kaftal, La réparation des dommages... : Rev. Trim. 1929, 1021.

Si un pareil principe ne peut être posé dans notre droit avec une sûreté aussi grande, les tendances de la jurisprudence française sont assez nettes dans le sens de la socialisation du droit de la responsabilité pour que l'on doive consacrer une solution analogue. On voit donc à quels dangers aboutirait la thèse du cumul des responsabilités, si l'on admettait que la disparition de la responsabilité contractuelle laisse intacte la responsabilité délictuelle. L'explication satisfaisante du point de vue pratique, tant que l'art. 1382 représentait le droit commun de la responsabilité délictuelle, ne l'est plus, maintenant qu'il existe une nouvelle règle marquée véritablement, à la différence de l'autre, du caractère de l'ordre public.

Deux arrêts seulement à notre connaissance ont envisagé ce problème. L'un d'eux, rendu par la cour de Paris, semble, bien qu'il n'ait pas eu à trancher la difficulté, admettre la licéité de la clause d'exonération des art. 1384 et 1386 C. civ., dans une hypothèse où la chute d'un arbre avait endommagé une voiture. d'un train du bois de Boulogne (5). Il condamne la Ville de Paris, mais non sans avoir relevé, qu'aucune clause d'exonération formelle, la dégageant de sa responsabilité, n'avait été insérée dans le contrat. L'autre décision, beaucoup plus récente, émane de la cour de Douai et montre l'évolution qu'en huit ans a subie la jurisprudence : « Nul », déclare l'arrêt, « ne peut se dégager de la responsabilité de ses fautes délictuelles, prouvées ou présumées » (6). L'art. 1384 C. civ. établit ainsi une preuve légale de la faute mettant obstacle à toute exonération. Cet arrêt représente seul la pensée de la jurisprudence française.

(5) Paris, 10 décembre 1921 : Gaz. Pal. 1922, 1, 70.

(6) Douai, 4 mars 1929 : Rec. Douai, 1929, 104.

185. — Doit-on généraliser à l'article 1384, alinéa 5, la solution relative à l'alinéa 1^{er} du même article — et ne peut-on s'affranchir du fait de ses préposés — à supposer qu'il s'agisse vraiment d'une clause d'exonération et non de déplacement du lien de préposition ou de délimitation des fonctions?

La question n'a jamais été posée de façon précise, parce que les espèces que l'on en rencontre généralement, sont relatives à la responsabilité contractuelle. C'est ainsi que, longtemps, on discuta sur le terrain de l'art. 1384 C. civ. de la validité de la négligence clause. La Cour de cassation avait alors résolu le problème en décidant « qu'en fait *comme en droit*, le capitaine, dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées, cesse d'être le préposé de l'armateur » : dès lors, la clause de négligence pouvait recevoir application (1). Mais la Cour suprême a renoncé à ce système et, voyant dans le capitaine un préposé de l'armateur, cesse de situer de façon aussi nette la responsabilité de ce dernier pour les actes du capitaine, sur le plan délictuel. L'exclusion de la responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle conduit en effet à écarter tout recours à l'art. 1384 pour justifier l'irresponsabilité de l'armateur. La Cour de cassation se contente d'indiquer que le capitaine est indépendant de l'armateur, idée qui concorde parfaitement avec le fondement antérieurement reconnu à la clause de négligence.

Dans une espèce qui mettrait en jeu la responsabilité délictuelle pure du commettant, peut-on concevoir l'exonération de sa responsabilité pour les faits du préposé, à supposer que l'on n'admette pas, en principe, que toutes les règles de la responsabilité délictuelle sont d'ordre public?

Si l'on analyse l'art. 1384, al. 5, par l'idée de maû-

(185-1) Req., 14 mars 1877 : D. 77, 1, 449.

vais choix ou de mauvaise surveillance du commettant, la responsabilité de ce dernier se trouve engagée à raison d'une faute personnelle, que l'on soumettra dès lors au système adopté pour l'exonération de l'art. 1382 C. civ.

Si l'on repousse cette analyse, inexacte au regard des arrêts de la Cour de cassation sur la responsabilité du commettant, et qu'on la fonde sur le fait qu'« étant l'œil et le bras du maître » tous les actes du préposé sont couverts par le commettant, qui en doit compte au tiers, la garantie ainsi due ne semble pas d'ordre public. Le commettant peut se dégager des actes de son préposé. La convention d'irresponsabilité se rapproche de celle par laquelle les fonctions du préposé sont limitées. Le tiers est invité à vérifier, en entrant en rapports avec le préposé, s'il a agi sur les ordres du maître.

En dehors de ce cas le commettant est censé étranger à l'acte délictueux : sa responsabilité n'est engagée que dans le seul cas où il a ordonné un acte dont l'exécution correcte par le préposé a causé un dommage. Toute réserve conventionnelle serait dans ce cas sans effet puisqu'il s'agirait d'un dol du commettant. L'exonération de principe du commettant doit être reconnue même au cas de délit pénal commis par le préposé. Mais il n'en est évidemment ainsi qu'à l'égard de la victime. Quand l'Etat, dans des cas exceptionnels, rend le commettant responsable des délits pénaux du préposé, aucune réserve conventionnelle de responsabilité ne peut être évidemment efficace (2).

(2) *Crim.*, 16 février 1922, Lefavre : *B. Contrib. ind.* 45. — 8 décembre 1922 : *D. P.* 1923, 2, 134. — Belfort, 27 mai 1921, *Soc. Nancéienne d'alimentation* : *Gaz. Pal.* 1921, 2, 351. — Nancy, 5 novembre 1926 : *G. Pal.*, 25 janvier 1927. — *Espèces se rapportant toutes à la responsabilité des commettants pour les fraudes alimentaires des gérants de leurs succursales.*

L'invalidation absolue, *inter partes*, de la clause d'exonération de la responsabilité du commettant ne se peut admettre que si l'on conçoit l'obligation de réparation comme un risque attaché à l'entreprise, une contre-partie imposée à l'activité individuelle, pour compenser l'accroissement de pouvoir économique résultant de l'emploi de préposés. Mais il ne semble pas que telle soit actuellement l'idée maîtresse de la jurisprudence.

On pourrait, à l'occasion des autres paragraphes de l'art. 1384 édictant des responsabilités du fait d'autrui, rechercher dans quelle mesure est possible l'exonération conventionnelle, mais la question présente infiniment moins d'intérêt, car les présomptions de faute qui pèsent sur les père et mère et sur les instituteurs et artisans sont des présomptions simples. Il est permis aux personnes responsables de démontrer, qu'en fait, elles n'ont commis aucune faute dans l'éducation et la surveillance de l'enfant. La clause stipulée par eux tendrait à l'exonération de leur fait personnel et devrait être soumise à leur régime, c'est-à-dire frappée de nullité d'après la jurisprudence, et dans une opinion, valable dans la mesure de la faute légère.

CHAPITRE II

CLAUSES DE SUBSTITUTION DE RESPONSABILITÉ ET D'ASSOCIATION D'UNE CLAUSE D'EXONERATION ET D'UNE ASSURANCE DES FAUTES.

- 186) Particularité de ces clauses : l'indemnisation du créancier.
- I. 187) *Clauses de substitution de responsabilité*. Elimination d'une clause apparente de substitution de responsabilité. — 188) Effets à l'égard des tiers. — 189) Effets *inter partes* : validité de principe tant à l'égard des art. 1384 et s. C. civ. que pour la responsabilité personnelle. — 190) Difficulté au cas de délit pénal.
- II. 191) *Clause d'association d'assurance et de clause d'exonération*. Assurance prise par le créancier et renonciation de l'assureur au recours. — 192) Nécessité de la dépendance des deux clauses. — 193) Cas particulier où le créancier se porte son propre assureur. — 194) Assurance contractée par le débiteur.

186. — Les deux conventions, dont l'examen elôt cette étude, ont comme caractère distinctif de tendre à l'indemnisation complète de l'individu lésé par l'activité illicite. Elles ne présentent donc pas du point de vue économique ou moral le caractère dangereux des conventions d'irresponsabilité. Il en résulte, que la jurisprudence a de tout temps considéré avec faveur de telles conventions et ne les a jamais soumises au traitement rigoureux des clauses d'exonération de responsabilité.

187. — La clause de substitution de responsabilité est

assez anormale (1). Il est rare qu'un individu consente à assumer le risque de l'activité d'autrui. Généralement le fait ne se produit qu'à l'occasion d'un contrat. D'ailleurs, et comme l'indique très exactement M. Esmein, par le terme de substitution de responsabilité on entend deux opérations différentes (2). Il est des cas où la clause traduit simplement l'application du droit commun. Il en est ainsi, quand la personne responsable ne l'est, qu'à raison de l'acte d'un cocontractant, contre qui elle possède un recours. La clause précise seulement l'existence de cette dernière action et ses conditions d'exercice. Quand le commettant impose au préposé de le garantir des condamnations qui pourraient être prononcées contre lui, quand un architecte prend à sa charge les accidents qui surviendraient au cours de la construction ou de la démolition d'un immeuble (3), quand la commune dégage sa responsabilité de

(186 - 1) Près des clauses de substitution de responsabilité du droit privé il faut signaler celles que l'on rencontre en droit public, par lesquelles l'Etat s'engage à supporter à la place des personnes responsables la charge de la réparation (V. par exemple les conventions par lesquelles l'Etat a supporté les conséquences des obligations de réparation ayant résulté pour les compagnies de chemins de fer du fait de l'état de guerre. — V. aussi la loi du 20 juillet 1899, substituant la responsabilité de l'Etat à celle des instituteurs publics). Dans l'un et l'autre cas la garantie de l'Etat ne peut modifier ni le quantum ni la nature de la dette du particulier et les droits de la victime (Cf. pour une application intéressante de ce principe Ap. Paris, 21 février 1927, Jardel : G. Trib. 1927, 2, 615).

Ces cas doivent être distingués de ceux dans lesquels l'Etat ou un organisme administratif (département, commune) font supporter à un particulier la charge de la responsabilité qui leur pourrait incomber.

(2) V. Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., t. VI, n° 408, p. 578, art. cit. p. 343.

(3) Req., 27 décembre 1921, Coutant et Beaufreton : D. 1922, 1, 109 - Rev. 1923, 149. — V. également, pour le recours de l'éditeur contre le détenteur du manuscrit indûment détenu, Civ., 26 février 1919 : S. 1920, 1, 230, Nicoullaud et Plon et Nourrit.

l'organisation d'une course automobile pour la faire peser sur les organisateurs effectifs (4), toutes ces clauses se bornent à rappeler le droit commun, et sont hors du cadre de la présente étude, exclusivement consacrée à la substitution de responsabilité (5), c'est-à-dire aux conventions qui font définitivement (6) reposer la charge d'une activité dommageable sur un individu autre que la personne légalement responsable.

188. — Vis-à-vis des tiers deux difficultés doivent être distinguées. Malgré la clause, la victime de l'accident garde certainement un droit contre la personne normalement responsable (1). Mais n'acquiert-elle pas, du fait de la convention, un droit d'action contre le garant? Ne peut-on pas analyser la convention comme constitutive d'une stipulation pour autrui?

Une telle conséquence doit être repoussée en principe, car l'intention concordante des parties est nécessaire pour faire naître ce droit direct : la volonté de le créer fait généralement défaut, ainsi que l'indi-

(4) Civ., 23 octobre 1912, Soc. du journal *L'Auto* : S. 1913, 1, 875. Il ne peut s'agir d'ailleurs en ce cas que d'une substitution de responsabilité. La commune ne peut transmettre à l'organisateur le droit de prendre à sa place des mesures de police.

(5) Toutefois, la clause se confond parfois avec une convention de substitution de responsabilité quand la personne responsable accepte de supporter non seulement les conséquences de ses actes fautifs, mais même des cas fortuits (Req., 27 décembre 1921, précité).

(6) C'est le caractère définitif de l'opération qui distingue ces conventions de celles par lesquelles un individu obtiendrait d'un autre de simples ouvertures de crédit au cas où sa responsabilité se trouverait engagée.

(188-1) De fait, ce n'est jamais que sur un recours en garantie qu'est discutée la validité de la clause. L'auteur du dommage ne l'oppose pas dans ses rapports avec la victime (V. la note de M. Ch. Blavoët : D. P. 1928, 3, 60, sous Conseil préfecture Seine, 2 mars 1928, Laforgue).

que le terme même de *garantie*, de *recours* en garantie (2). Ce n'est donc qu'entre parties que la convention est destinée à produire normalement ses effets, mais il reste à les déterminer.

189. — Peut-être conviendrait-il de distinguer encore entre deux séries de clauses. Certaines de ces conventions apparentes de substitution de responsabilité ont pour objet de supprimer le recours de la personne légalement tenue contre l'auteur responsable, par exemple d'interdire au propriétaire de recourir contre l'entrepreneur fautif, — au commettant contre son préposé. Dans ce cas il y a moins clause de substitution que clause d'exonération de responsabilité au profit de l'auteur du délit : elle doit être soumise à la règle que l'on adopte pour l'exonération de la faute personnelle. La Cour de cassation paraît bien faire cette analyse. Dans une espèce où un architecte, assigné en garantie par un propriétaire condamné sur le fondement de l'article 1386, prétendait opposer une clause du cahier des charges aux termes de laquelle les architectes seraient dégagés de toute responsabilité après réception des travaux, la Cour a décidé que cette clause n'avait pour objet que l'extinction de l'action contractuelle, mais non de l'action en responsabilité pour quasi-délict ayant préjudicié à des tiers (1). Mais la décision s'explique peut-être par le principe de l'interprétation restrictive des clauses exceptionnelles.

(2) Cpr. R. Demogue : Rev. Trim. 1928, 679, sous Douai, 28 février 1928 : Rec. Douai 1928, 143, réformant Boulogne-sur-Mer, 22 juillet 1927 : Sem. Jurid. 1927, 1, 333 - Rev. Trim. 1928, 132.

Il est d'ailleurs exact, ainsi que le note M. Demogue, que si la stipulation pour autrui était en fait reconnue, peu importerait qu'elle résultât d'un acte unilatéral d'une autorité publique acceptée par le garant.

(189-1) Civ., 30 juin 1902, Lasseron : S. 1903, 1, 532.

Pour que l'on se trouve en présence d'une véritable clause de substitution de responsabilité, il faut imaginer qu'une personne, complètement étrangère à l'action en responsabilité, consente à en assumer la charge : les exemples de jurisprudence sont ainsi rendus assez rares et la valeur de la clause varie selon le type de responsabilité mise en jeu.

La Cour de cassation semble ne faire aucune difficulté pour admettre la substitution de responsabilité quand les articles 1384 et ss. C. civ. sont en jeu. La solution aurait pu faire quelque difficulté si l'on analysait l'art. 1384 en une présomption de faute, et à plus forte raison en une faute prouvée, mais il n'en est plus de même quand l'art. 1384 apparaît comme la sanction d'un risque attaché à la garde ou, pour l'art. 1386, quand on en présente, avec M. Bartin, une analyse semblable pour les dommages résultant des vices de construction. L'obligation de réparation, si elle apparaît impérative, n'est pas nécessairement personnelle. La Cour de cassation l'admet pour l'article 1386 (2).

De même, aucune objection ne s'oppose à la substitution de responsabilité dans l'hypothèse de l'art. 1384, al. 5, relatif aux maîtres et commettants et à leurs préposés, car elle ne repose pas sur une faute présumée du commettant. Dans les motifs de l'arrêt Mège (3), qui statue sur la validité d'une convention (par laquelle un entrepreneur prenait à sa charge la responsabilité des accidents, qui pourraient survenir à ses ouvriers, pendant l'exécution de travaux de remblais exécutés pour le compte d'une compagnie de chemins de fer), on trouve cette déclaration très nette : « que s'il n'est pas

(2) V. implicite Civ., 30 juin 1902, Lasseron, précité.

(3) Civ., 28 octobre 1903 : S. 1904, 1, 437. — Rapp. Haute-Cour Justice Angleterre, 17 juin 1924 : Dor 8, 85.

contraire à l'ordre public, sous certaines conditions, de se faire garantir de la responsabilité de ses fautes personnelles, à plus forte raison ce droit appartient au commettant pour les fautes de ses préposés. »

Il faut d'ailleurs examiner avec grand soin les clauses de cette espèce, parce que souvent la prétendue clause de substitution de responsabilité cache un transfert par le commettant habituel du lien de préposition. Parfois, au contraire, ainsi qu'il l'a déjà été noté, la clause de déplacement du lien de préposition, inefficace de ce point de vue parce que les conditions d'existence de la responsabilité n'ont pas été transférées, peut cacher une clause de substitution de responsabilité (4).

La situation est assez différente des précédentes pour les clauses de substitution de responsabilité engagée à la suite d'une faute personnelle ou pour les responsabilités du fait d'autrui ayant pour base une faute prouvée.

Si un ancien arrêt de la Cour de cassation a pu déclarer que cette convention méconnaîtrait le principe d'ordre public, qui prohibe toute convention ayant pour objet de se décharger directement ou indirectement de la responsabilité de sa propre faute (5), les termes de cet arrêt s'expliquent par l'imprécision de la jurisprudence d'alors, qui confondait dans une même prohibition l'assurance des fautes, la clause de substitution de responsabilité et les clauses d'exonération. Mais rapidement la Cour de cassation rejeta cette rigueur première et, après avoir validé l'assurance de la faute légère, vit dans la clause de substitution de responsabilité un pacte analogue à l'assurance, valable dans

(4) Douai, 25 février 1921, Dendievel : G. Pal. 1921, 1, 585.

(5) Civ., 19 août 1878, Tronchon : S. 1879, 1, 422. — Cpr. Civ., 30 juin 1902 : D. 1907, 1, 436 - S. 1908, 1, 532.

la même mesure (6). Cette jurisprudence devait acquiescer à une autorité définitive, l'intention des parties étant d'ailleurs souveraine pour exclure la garantie en cas de faute du responsable. Dans certains cas, le garant peut n'avoir eu l'intention de couvrir l'autre partie que des seules responsabilités qu'elle peut encourir sans faute prouvée (7). En fait pourtant, les clauses ont une portée plus étendue : il suffit pour s'en convaincre, de parcourir celles que les compagnies de chemins de fer insèrent dans leurs contrats avec les propriétaires d'embranchements particuliers. La compagnie se décharge de toute responsabilité pour accidents de personnes ou avaries, quelle qu'en soit la cause, et entend être assurée de tout recours par son cocontractant.

Si l'on examine la solution de la Cour de cassation :

(6) Civ., 30 juin 1902, précité. — Montpellier, 6 janvier 1904, chemins de fer Midi c. Sizes : S. 1906, 2, 230. — Ap. Paris, 2 janvier 1929, Compagnie du Nord c. Compagnie des tramways de la Seine : G. Trib. 1929, 2, 292.

(7) Planiol, Ripert, Esmein, n° 408, p. 474.

V. par exemple les interprétations différentes données pour la clause de garantie par l'entrepreneur des accidents causés à ses ouvriers au cours de travaux de réfection des voies de chemin de fer. Certains arrêts admettent que la clause ne s'applique que s'il y a responsabilité commune de la compagnie et de l'entrepreneur (Riom, 27 mars 1895, sous Civ., 28 octobre 1903, synd. Albert. — Douai, 21 novembre 1905, Compagnie de Fives-Lille : D. P. 1905, 5, 38). D'autres l'appliquent même au cas de faute exclusive de la compagnie (Paris, 14 mai 1901, Mège. — *Id.*, 2 janvier 1929 : G. Trib. 1929, 1, 2, 292), interprétations toutes deux souveraines, puisqu'aucune dénaturation du contrat n'est relevée (V., pour le premier cas, Req., 17 avril 1896 : D. P. 1896, 1, 407. — Pour le deuxième, Civ., 28 novembre 1903 : S. 1904, 1, 437 ss., note a).

V., en matière administrative et pour l'interprétation des clauses de substitution de responsabilité des compagnies des eaux, Conseil d'Etat, 21 janvier 1927, Compagnie générale des eaux c. dame de Zuylen de Nyvelt : D. P. 1928, 3, 57, note de M. Blavoët.

V. pour la Belgique, *supra*, n. 169, note 2.

la validité de la clause reconnue dans la mesure de la faute légère, on doit penser que sa licéité aurait dû être plus largement reconnue.

Quant à la faute des préposés tout d'abord, puisque la jurisprudence admettait même antérieurement à la loi de 1930 la possibilité pour un patron de s'assurer contre les fautes lourdes de ses préposés (8). Mais la même solution aurait dû être admise quant à la faute personnelle. En effet, ici encore, l'assimilation de la faute lourde au dol se trouve inexacte. L'auteur du dommage cherche à se prémunir d'un risque ; or, la faute, quelle que soit sa gravité, présente ce caractère aléatoire : seul le dol ne peut faire l'objet d'une convention d'assurance ou de substitution de responsabilité car il détruit le risque. La jurisprudence ayant toujours vu dans cette convention-ci, un pacte analogue à l'assurance, doit appliquer logiquement l'exonération de la faute lourde en cette matière, puisqu'elle a été expressément validée par la loi de 1930.

Cette vue, exacte d'une manière générale au regard des principes de l'assurance, l'est plus nettement encore quant aux règles particulières de la convention. Il n'y a aucune illicéité pour un tiers à acquitter la dette d'autrui ; celle-ci, bien qu'inspirée par une idée morale, n'est pas rigoureusement personnelle (9). Le paiement pour autrui est valable s'il ne préjudicie pas au tiers : créancier ou assureur (10). Selon le mobile

(8) Civ., 2 juin 1888 : S. 87, 1, 369 - P. 87, 1, 908. — 22 octobre 1894 : S. et P. 1895, 1, 8.

(9) V. pourtant Civ., 19 août 1878, Tronchon, précité : « Attendu que le fait ainsi constaté a le caractère d'une faute portant atteinte à un intérêt de salubrité publique et engageant à ce titre la responsabilité personnelle de Châtelain. »

(10) Civ., 12 juin 1914, Aulagne : D. P. 1928, 1, 34 - Gaz. Trib. 1914, 1, 6 - Revue Trim. 1915, 512 et 1919, 119. — Vis-à-vis des

du garant et les circonstances spéciales à l'espèce, il n'en résultera qu'un caractère différent de l'opération, traitée tantôt comme acte à titre gratuit et tantôt à titre onéreux. Pourquoi ne pas autoriser dès lors, même au cas de faute lourde, un individu à réparer les conséquences préjudiciables de l'activité d'autrui? La seule clause contraire à l'intention des parties serait la faute volontaire, le dol. La validité de la clause de substitution d'irresponsabilité doit être reconnue dans cette mesure, sans que l'on ait à prêter importance au fait que la clause d'exonération de responsabilité serait frappée de nullité, comme en matière de transport terrestre depuis la loi Rabier de 1905 (11).

190. — Une réserve doit pourtant être faite, si l'acte délictueux est réprimé pénalement. A l'égard de la condamnation pénale, nulle clause de substitution de responsabilité ne peut évidemment jouer ; non pas que la faute pénale soit d'une gravité ou d'une immoralité particulière ; non pas même que sa fonction punitive soit mise à néant par la convention particulière (une donation, faite après coup, du montant de la condamnation ne serait pas illicite), mais de crainte que cette convention n'encourage à la délinquance. Il semble bien que cette dernière raison soit décisive, car dans les espèces de ce genre qui ont donné lieu à des décisions de jurisprudence, l'auteur pressentait parfaitement l'illégalité de son acte mais hésitait à l'entreprendre tant

assureurs du garant, il y a en effet aggravation imprévisible du risque.

Dans l'espèce précédente, la Cour de cassation n'a pas fait application de ce principe, parce que la responsabilité personnelle du garant se trouvait engagée d'après les circonstances de la cause. Il s'agissait de paiement de dommages-intérêts personnels du garant.

(11) Paris, 27 décembre 1920 : S. 1921, 2, 59 - G. Pal. 1921, 1, 157 - G. Trib., 7 avril 1921 - J. Trib. com. 1922, 293.

qu'une garantie pécuniaire ne lui serait pas offerte (1). C'est cet état psychologique très caractéristique qui a permis par ailleurs à la Cour de cassation de déclarer, contrairement à sa jurisprudence habituelle sur les clauses d'exonération, que l'insertion de la clause était en ce cas la cause du contrat et que sa nullité le viciait tout entier. Il en résulte que, même du point de vue des conséquences civiles, la clause de substitution de responsabilité ne peut produire effet (2).

L'exactitude de ces observations ne paraît pas discutable, mais leur fondement commande de ne les appliquer qu'aux délits intentionnels et de réserver au cas de délit d'imprudence le jeu de la clause de substitution de responsabilité. Il faut au surplus distinguer cette convention de celle par laquelle l'auteur d'un délit se réserverait d'appeler en garantie l'un de ses coauteurs. Un tel partage n'est admis que s'il y a reconnaissance judiciaire de la responsabilité de ceux-ci, ou encore quand la personne condamnée pénalement ignorait l'illicéité de son acte (3).

(190-1) V., pour la convention de substitution de la responsabilité de l'auteur à celle de l'éditeur au cas où des poursuites pénales seraient intentées : Req., 25 octobre 1909, Vigié : D. P. 1911, 1, 433 - S. 1913, 1, 273, note Charmont - Rev. Trim. 1912, 176, sur Ap. Paris, 14 février 1908.

(2) C'est sous cet angle qu'a été abordé le problème de la validité de la clause dans l'arrêt Vigié. La discussion principale de l'effet de substitution de responsabilité ne fut pas envisagé. L'éditeur se refusant après coup à imprimer l'ouvrage, l'auteur l'assigna en dommages-intérêts. Le défendeur opposa alors l'illicéité de la cause du contrat et la nullité de son engagement.

(3) V. Civ., 8 novembre 1886, Gavini : D. 89, 1, 9. — Civ., 1^{er} juin 1874, Loir : S. 1874, 1, 460 - D. P. 1874, 1, 388. — Civ., 16 juin 1879, Félizat : S. 79, 1, 374. — V. au contraire pour un cas où la personne condamnée n'est pas complice : Civ., 21 février 1870, Aubert et Geraud.

191. — De la convention de substitution de responsabilité, on doit rapprocher la clause d'association de la clause de non-responsabilité et de l'assurance des fautes, soit que l'auteur éventuel, en assurant sa responsabilité, stipule son exonération du contractant qu'il peut léser, soit que la victime éventuelle, en s'assurant, fasse renoncer son assureur au recours que celui-ci possède de droit commun.

Cette seconde variété de conventions est de beaucoup la plus usitée. L'article 36 de la loi du 13 juillet 1930 indique bien que « l'assureur, qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé jusqu'à concurrence de cette indemnité dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur », mais, cette disposition n'est exceptionnellement pas d'ordre public et l'exposé des motifs du projet de loi indique de façon formelle que l'assureur peut renoncer moyennant une prime spéciale à son recours contre le tiers responsable (1). Pour l'assurance de personnes, aucune difficulté de ce genre ne se produit puisque, aux termes d'une jurisprudence assez ferme, confirmée par l'art. 54 L. 13 juillet 1930, la subrogation aux droits de l'assuré ne se produit pas, — disposition d'ordre public, d'après l'article 2, et solution normale, puisque dépendant de la règle essentielle que l'assurance de personnes n'est pas un contrat d'indemnité.

Si la victime éventuelle fait renoncer l'assureur à son recours, l'exonération de responsabilité de l'auteur

(191-1) H. Capitant, Du recours soit de l'assureur, soit de l'assuré, contre le tiers qui par sa faute a amené le risque prévu au contrat d'assurance : *Rev. Trim.* 1906, p. 37 et s. — V. notamment dans l'assurance clause des recours contre l'auteur du dommage. Ce trait explique d'ailleurs que la lutte contre les clauses de non-responsabilité ait été surtout menée par les assureurs plus qu'par les chargeurs (V. G. Ripert, t. II, 3^e éd., p. 758).

du dommage se trouve réalisée, dans la mesure même où l'assurance jouera (c'est-à-dire à moins de dol qui lui puisse être imputé), ou dans la mesure où en auront convenu les parties. La faute lourde semble bien pouvoir être comprise dans la renonciation, car la prime, versée spécialement en compensation, offre la contre-partie de l'acceptation par l'assureur d'un risque particulier que le dol seul détruit. Le risque complet de l'activité du débiteur passe ainsi à l'assureur.

Analysant en 1901 la jurisprudence sur les renonciations au recours de l'assureur, M. E.-H. Perreau notait déjà qu'elles constituent au profit de leur bénéficiaire des clauses de non-garantie. Remarquant, d'autre part, que la différence de traitement instituée par la jurisprudence entre ces clauses et les conventions d'assurance tient à ce que, dans un cas, la clause paraît juste, étant donné la répartition des risques, et l'autre nulle, vu son caractère lésionnaire, l'auteur concluait que la clause de non-garantie devrait être validée quand, par l'association de cette convention avec une assurance des fautes, elle se trouvait reposer également sur un fonds de primes. « Veut-on qu'une clause de non-responsabilité, contenue dans n'importe quel contrat, relève le débiteur de ses fautes légères? Il suffit d'y adjoindre une police d'assurance de ces fautes, en stipulant de l'assureur renonciation à tout recours. »

La convention d'association de la clause d'exonération et de l'assurance paralyse donc l'action de l'assureur, mais elle produit encore le même effet dans les rapports entre la victime et l'auteur. Cette solution doit être admise quand on se rappelle, que si la jurisprudence a traité avec défaveur la clause d'exonération pure et simple, c'est qu'elle y voit une opération dangereuse à raison de la destruction irréparable de richesses qu'elle entraîne. Si, d'autre part, comme le sou-

tient M. Esmein, l'amélioration de la situation contractuelle, permet le jeu de l'assurance et la validation du contrat, elle doit nécessairement être présumée, quand il y a réunion, dans un même acte, de la clause d'exonération et de l'assurance. On doit en effet déduire du rapprochement des deux conventions, que la possibilité d'assurance a été due à une diminution du prix des services. L'action de la victime ne se concevrait d'ailleurs, que jusqu'au jour du paiement par l'assureur de l'indemnité d'assurance, la subrogation des actions s'effectuant alors et la renonciation faite au recours assurant l'irresponsabilité du débiteur.

192. — Il va d'ailleurs de soi que les solutions précédentes ne sauraient être admises que si les deux conventions sont liées par un lien d'étroite dépendance, qu'elles se conditionnent mutuellement.

Si l'on suppose que l'assureur a traité avec la future victime antérieurement à la reconnaissance de la clause d'exonération et se voit opposer lors de la poursuite contre l'auteur responsable l'exonération de responsabilité consentie, on se trouve en présence d'une situation prévue par l'al. 2 de l'art. 36 L. 13 juillet 1930 dans laquelle, l'assureur peut être déchargé en tout ou en partie de sa responsabilité envers l'assuré quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur.

La Cour de cassation, dans l'arrêt Pellerin, a consacré l'une et l'autre des deux propositions précédentes (1), c'est-à-dire l'exonération de responsabilité au

(192-1) Cass., 15 mars 1876 : S. 1876, 1, 337 - S. chron. 1876-79, 1, 88. — V. toutefois la distinction de M. Demogue, *Oblig.*, V, 1207. — Rapp. Paris, 25 novembre 1859 : S. 1860, 2, 266, pour une clause de non-garantie d'incendie avec obligation de faire assurer par ses frais la marchandise : l'arrêt semble également favorable à l'association des deux clauses. — V. également cette combinaison dans les conclusions de l'avocat général Raynal : D. 69, 1, 95.

cas de faute prouvée, quand, à la clause d'exonération est associée l'assurance, — et d'autre part la nécessité de lier les deux conventions et d'avertir l'assureur de l'exonération consentie. La Cour reconnaît en effet, en premier lieu, que cette double convention créerait un pacte analogue à l'assurance et valable dans la mesure de la faute légère. Mais comme, par suite de circonstances propres à l'espèce, l'exonération de responsabilité consentie par le seul créancier avait préjudicié aux droits de l'assureur, elle refuse de lui faire produire l'effet exonératoire normal.

Le lien de dépendance nécessaire, à établir entre les deux conventions, crée pourtant une situation assez embarrassante quand la clause d'exonération précède l'assurance. Cependant, l'indemnisation accordée à l'assuré, la présomption, qu'il utilise pour souscrire cette assurance, l'économie faite sur le prix du service, la renonciation demandée à l'assureur constituent autant de présomptions en faveur de l'irresponsabilité du débiteur.

193. — L'association de la clause d'exonération et de l'assurance se présente avec un caractère particulièrement curieux quand une même personne est à la fois assureur et créancier. Il faut, pour que l'opération se puisse concevoir, que l'on envisage une situation dans laquelle la victime du dommage s'est portée son propre assureur. Ce cas est exceptionnel et très fréquemment l'expression est inexactement employée. Mais il peut se rencontrer quand, avec le souci et la possibilité matérielle de constituer un fonds de primes, un individu prélève régulièrement sur les bénéfices résultant de son activité des sommes qui lui permettront de réparer les sinistres éventuels (1). Une seule décision de jurispru-

(193-1) V. Hémar, *Tr. ass.*, t. I, n° 61, p. 107, 110 ; II, p. 17, 674, 719, 725.

dence nette peut être relevée sur ce point. Un arrêt de la cour de Bordeaux (2) montre une espèce dans laquelle l'Etat, après avoir déposé des marchandises dangereuses, avait consenti une clause d'exonération et s'était porté son propre assureur. Une faute légère fut commise par le dépositaire, mais son exonération de responsabilité fut cependant reconnue. « La clause avait pour but », déclare l'arrêt, « de mettre l'assurance à la charge de l'Etat, qui devait assumer toutes les conséquences dommageables des sinistres... Sans nul doute, et suivant l'usage, les docks Sursol n'auraient pas manqué d'assurer les biens déposés sans la clause d'exonération... ils ne l'ont pas fait parce que l'Etat se substituant à la compagnie se portait lui-même garant et couvrait les risques que la compagnie aurait pu valablement assurer. » Ramenant alors la convention à un pacte analogue à l'assurance, elle accorde l'exonération conventionnellement stipulée. On a pu voir réapparaître dans cette espèce à titre effectif le vieil argument qui ramenait la clause d'exonération à une assurance des fautes, et M. Hugueney a tiré de cette idée d'ingénieux développements. « Trop longtemps », écrit-il, « on a pris en considération la personne du bénéficiaire de la clause ; est-il ou n'est-il pas de taille à faire à son cocontractant la loi ? La jurisprudence nous laisse entrevoir une autre méthode, tâter les forces du grevé : a-t-il ou n'a-t-il pas d'un assureur l'étoffe ? » Il semble préférable d'aller plus loin. La cour de Bordeaux ne s'est pas contentée de valider une clause d'exonération pure et simple en la ramenant à une convention d'assurance, comme autrefois celle-ci avait été validée sous l'influence de la première ; elle a statué sur une hypo-

(2) Bordeaux, 28 juin 1920, Docks Sursol : S. 1921, 2, 1 et la note de M. Hugueney : G. Pal. 1920, 2, 417. - Rev. Trim. 1921, 737 et les observations de M. R. Demogue.

thèse particulière d'association des deux conventions, et sa solution doit être approuvée. Pour lui donner son sens plein, il faut donc que le débiteur puisse valablement jouer le rôle d'assureur, ou qu'il ait été effectivement assuré ; en dehors de ces deux cas le système normal des clauses d'exonération retrouve son empire.

194. — Près de ce premier groupe de conventions, dans lequel le rôle actif appartient au créancier souscripteur de l'assurance, il faut placer, pour examiner brièvement les problèmes qu'il pose, le groupe correspondant à l'hypothèse inverse. On suppose alors que le débiteur assure lui-même le bien ou la personne d'autrui, objet du contrat, s'exonère de sa responsabilité à l'égard de ce dernier et stipule enfin de son assureur la renonciation à son recours. Dans la mesure même où l'assurance le couvre, les raisonnements antérieurs, doivent être transposés et le débiteur se trouve exonéré.

On ne peut faire aux clauses précédentes qu'un seul reproche (à moins que le débiteur ne soit effectivement son propre assureur), c'est de ne rendre juridiquement possible l'exonération de responsabilité, qu'en contrepartie d'une difficulté économique. La prime d'assurance augmente d'autant le prix de revient ou le prix d'achat du service ou de l'objet, et la combinaison n'est possible que si l'absence de concurrence permet cette élévation de prix.

Une autre opération paraît plus heureuse. On oublie trop en effet les avantages offerts par la clause limitative de responsabilité, — et pour tenter de réaliser une exonération absolue, on s'expose à une obligation de réparation intégrale dès qu'une faute est prouvée, — alors que la clause limitative, plus modeste, eût abouti à une irresponsabilité partielle, mais sûre, même dans le domaine de la faute légère : solution indiscutable dans la jurisprudence. Il serait donc souhaitable de

voir certains débiteurs, tels que les entrepôts, les chambres de commerce, astreints à une lourde responsabilité qui sera peut-être réglementée législativement à l'instar de certains droits étrangers substituer à leurs clauses d'exonération des clauses limitatives, considérablement inférieures dans leur montant au chiffre éventuel des dommages-intérêts et limitant dans cette mesure l'indemnité, même au cas de faute légère. Sans doute la clause cesse de produire effet si elle est dérisoire, aussi suffit-il d'établir une indemnité proportionnelle à la valeur de l'objet déposé, afin d'éviter le risque d'une estimation invariable, qui serait jugée insuffisante, quand l'objet présente une valeur considérable. L'assurance de la responsabilité donne lieu alors à des primes infiniment plus réduites, qu'elle soit contractée au profit du débiteur ou par le créancier, que deux assurances même soient souscrites au profit de l'un et de l'autre. L'abaissement du loyer du service peut être ainsi efficacement réalisé en même temps que l'irresponsabilité partielle, mais sûre du débiteur.

CONCLUSION

- 195) Modification des données du problème des clauses d'exonération.
— 196) Justification de cette proposition. — 197) Pénétration du droit de la garantie dans le domaine de la responsabilité. —
198) Avenir des conventions d'irresponsabilité au regard de ces transformations du droit.

195. — Par une lente progression — et à travers les problèmes divers que soulève l'admission des clauses d'exonération — a été enfin atteint le terme de cette étude.

Les conventions d'irresponsabilité s'y sont montrées dans toute leur variété, depuis leurs types si simples, traditionnels, tels que les clauses de non-garantie dans la vente jusqu'aux formes les plus modernes d'association de convention d'assurance et de clauses d'exonération. Mais, par delà la similitude apparente de l'énoncé des difficultés, se sont révélées les différences des données, au point que ce problème, que l'on eût pensé classique, tant il a été travaillé, s'est révélé encore de solution incertaine et lié aux mouvements les plus actuels du droit de la responsabilité.

196. — La pénétration de l'assurance en ce domaine a eu des effets que l'on aperçoit mal encore, — et le changement de nature de la responsabilité est l'un de ceux qui ont été le moins remarqués (1). Sentant

(196-1) Lyon-Caen : Rev. crit., 1880, 755.

derrière la personne responsable un garant que l'on pouvait impunément frapper, la jurisprudence a étendu le droit à réparation interprétant si extensivement l'art. 1384 C. civ. que cette disposition traduit actuellement plus un principe d'assistance que de responsabilité. Il réprime moins une activité illicite qu'il ne répare au profit des faibles les conséquences des actes dommageables qui peuvent les frapper. En prévision d'un acte dangereux, l'individu s'assure et peut impunément courir le risque de son activité, pourvu qu'elle ne soit pas intentionnellement délictueuse : à l'extension de la responsabilité a correspondu sa « dé-moralisation ». C'est la conséquence que M. G. Ripert dégageait très exactement de l'admission de la théorie du risque (2).

Par un autre côté, la responsabilité a également changé de sens. C'est que l'obligation de réparer les conséquences d'un acte même fautif ne remplit plus désormais sa fonction pénale. L'individu ne souffre plus d'avoir à indemniser la victime de son acte, personnellement et par un sacrifice lourd. Il lui suffit de s'assurer. Sans doute devra-t-il payer les primes, sans doute aussi l'assurance pourra ne couvrir qu'une partie du dommage, parfois enfin et pour punir véritablement l'auteur du délit le juge prononcera une condamnation supérieure à celle portée en l'absence d'assurance, il n'en reste pas moins qu'il n'y a là que des palliatifs. On ne peut en tenir compte que pour nuancer un peu la rigueur du principe nouveau qu'au droit de la responsabilité se substitue celui de la garantie. Directement ou indirectement, que la victime ou l'auteur soient assurés, par suite de la répartition des risques, le poids de la réparation n'est plus individuel, « il tend

(2) G. Ripert, Règle morale, n° 123. — Planiol, Ripert, Esmein, Tr. prat., t. VI, n° 480, p. 665.

à se répartir sur tout le corps social » (3). L'évolution actuelle de notre droit se caractérise par le trait redoutable de l'élimination progressive de l'idée de faute, et par là de la disparition du sens de la responsabilité individuelle. M. Savatier note à juste titre que la socialisation générale de la réparation des dommages aboutit à la disparition complète du sentiment de la responsabilité individuelle (4).

197. — C'est dans ce milieu que doit être replacée l'étude des conventions d'irresponsabilité pour trouver sa véritable physionomie.

Que la responsabilité moderne ait pour fondement la violation d'une obligation de prudence ou de garde, ou le devoir de réparer les dommages causés par la création d'un risque, une seule chose est certaine : l'extension de l'obligation de réparation. Or, à cet accroissement des occasions de responsabilité doit nécessairement correspondre une limitation dans l'étendue de la réparation. Dès qu'un risque particulier est admis (et à supposer que l'obligation générale de réparer les dommages causés soit techniquement possible) elle n'est concevable qu'avec une détermination légale du montant de la réparation. La forme moderne de l'indemnisation qui paraît être celle de la garantie, plus que de la responsabilité, implique à la fois qu'un droit est re-

(3) R. Savatier, Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels : Chron. D. H. 1931, 9.

(4) R. Savatier, *eod. loc.*, p. 11, qui déduit de cette socialisation de la responsabilité une série de conséquences logiques : l'assurance obligatoire et le monopole d'Etat. Mais, plus encore que pour des raisons économiques ou juridiques, cette dernière mesure sera fatale, d'un point de vue politique, une fois admise la généralisation du droit de la garantie. L'Etat ne laissera certainement pas les compagnies privées bénéficier de l'extension du domaine de l'assurance, dès que celle-ci sera obligatoire.

connu à la victime dès qu'elle se trouve lésée dans sa personne ou dans ses biens, mais également — et là se trouve la contre-partie — que la réparation n'est accordée que partiellement (1).

198. — Comprend-on alors l'extension des conventions d'irresponsabilité et l'impossibilité qu'il y a à les combattre, étant donné la tendance générale de notre droit ? (1). Dans l'évolution des idées juridiques, elles traduisent la phase où la limitation légale de l'indemnité n'étant pas encore reconnue, alors que l'extension de responsabilité s'est déjà produite, les particuliers eux-mêmes cherchent à revenir à leur irresponsabilité première (clause d'exonération) ou à réaliser conventionnellement la limitation des dommages-intérêts que le droit imposera ensuite impérativement, conformément à la notion de garantie. De ce point de vue, si les clauses d'exonération semblent contraires aux tendances modernes, comme tentant un impuissant retour vers le passé, les clauses limitatives correspondent à une étape nécessaire de l'évolution. Entre les deux phases légales de la responsabilité rare, mais assurant indemnisation complète, et de la garantie fréquente mais forfaitaire se place une période indécise où les particuliers tentent de devancer l'œuvre législative. Aussi est-ce en vain que l'on lutte contre ces dernières clauses, puisque, si le législateur prohibe en ce domaine l'auto-

(197-1) M. Picard, Pour une loi sur les accidents d'automobiles : *Rev. gén. as. ter.*, 1931, p. 5 et ss., p. 15. — V. également sur la nécessité de corriger par l'assurance la théorie du risque : G. Ripert, note *D. P.* 1930, 1, 58. — H. Capitant : *Chron. D.* 1930, 31, et les propositions de loi rapportées par M. Voirin : *Rev. Trim.* 1931, 219 et s.

(198-1) Il est d'ailleurs évident que toutes les clauses modifiant les conditions d'existence de la responsabilité sont hors de cette discussion et que leur validité est entièrement maintenue.

nomie de la volonté, ce n'est qu'après avoir impérativement déterminé lui-même les limites de l'obligation de réparation.

L'évolution de deux contrats en montre des exemples frappants. On sait quelle lutte a été menée contre les conventions d'irresponsabilité dans le transport maritime. Si elle a triomphé avec la Convention de Bruxelles, ce n'est qu'après qu'ont été reconnues des sources si nombreuses d'irresponsabilité ou de responsabilité limitée, que l'on se retrouve sous un régime légal qui, dans beaucoup de pays, imite le régime conventionnel. De même, dans le transport terrestre, l'exonération de responsabilité a été vue avec défaveur ; mais il existe aujourd'hui un mouvement très net tendant à l'établissement d'une responsabilité légale et forfaitaire du voiturier (2). C'est dans le même sens enfin qu'évolue la législation du transport aérien (3).

Mais faut-il donc poser un principe général et le droit de la garantie sera-t-il le seul que connaîtra la législation de demain ? Il semble bien qu'il en doive être ainsi dans le domaine de l'activité étatique ou des entreprises privées ; mais les relations des particuliers ne resteront-elles pas régies par le droit de la responsabilité ? L'évolution de la jurisprudence sur les accidents d'automobile détourne de cette conclusion, car la

(2) V. M. Roger, *op. cit.*, n° 197, p. 315. — A. Kaftal, *op. cit.*, 1035. — V. d'autre part les conférences de Gothenbourg, 15-17 avril 1923 : Dor 595, t. IV, pour l'assurance obligatoire des passagers, et le rapport de M. G. Ripert à la Conférence d'Amsterdam de 1927 : Bull. com. maritime international 1928, n° 85. — Sur le ticket d'assurance, V. encore Loniewski, Th. Paris, 1928.

(3) V. également pour la suppression des clauses de non-responsabilité et l'institution d'une garantie forfaitaire jointe à un régime d'irresponsabilité partielle, la loi de ratification de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 : Rev. Trim. 1931, 249, et Doc. parlem. Ch., 1931, 108.

généralité et la rigueur de l'obligation de réparation appellent déjà la limitation légale de l'indemnité. Ce qui est exact, c'est que le domaine de la responsabilité est appelé à se restreindre chaque jour davantage, par suite de l'extension de consécutions légales de la garantie, mais sans jamais disparaître : le domaine du fait personnel, de la sanction d'une activité libre devant rester soumis au principe de la réparation intégrale.

Si les conventions d'irresponsabilité doivent être d'autant plus largement validées qu'elles impliquent plus complètement le recours à l'assurance, les conventions de substitution de responsabilité ou d'association de l'assurance à la clause d'exonération paraissent les plus satisfaisantes pour réaliser de nos jours l'irresponsabilité de l'auteur d'un acte dommageable.

Et ce n'est pas un des phénomènes les moins remarquables que de voir l'assurance, dont l'apparition dans la vie juridique, en développant le système légal et impératif de la garantie, entraîne la disparition plus ou moins hâtive des clauses conventionnelles d'exonération ou de limitation de responsabilité, permettre sous une forme plus moderne la réalisation d'un autre type d'irresponsabilité conventionnelle.

Vu, le Président :

G. RIPERT.

Vu, le Doyen :

H. BERTHELEMY.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :

J. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

I

Ouvrages généraux

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 5^e éd., t. VI, § 373, note 10.

Et. Bartin, notes sous la 5^e éd. d'Aubry et Rau, t. VI.

G. Baudry-Lacantinerie et Barde, Des obligations, I, p. 360, et IV, n. 2869.

G. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n. 400.

Beudant, Obligations, n. 403, p. 236.

Bonnecase, Traité de Droit maritime, n. 494 et s. — Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie, II, n. 515 et s., 526 et s., p. 647 et s.

A. Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil, t. II, p. 12 et s., 582 et s.

Danjon, Droit maritime, 2^e éd., t. II, n. 22 et s.

R. Demogue, Traité des obligations, t. V, n. 1164 et s.

P. Esmein, collaborateur in Planiol, Ripert, Esmein, Traité pratique, t. VI.

L. Josserand, Droit civil, t. II, 475 et s.

Lacour et Bouteron, Précis de droit commercial, t. III et V, n. 740 et s.

Laurent, V, 532, 594.

M. Planiol et G. Ripert, Traité de droit civil, II, n. 245 et 882.

M. Planiol, G. Ripert, P. Esmein, Traité pratique de droit civil, t. VI, Les Obligations.

Pothier, Les Obligations, éd. Bugnet.

G. Ripert, Droit maritime, II, n. 1734 et s., n. 677 et s.; — V. *M. Planiol*.

Thaller et Percerou, Traité élémentaire de droit commercial, n. 1198.

Troplong, Louage, II, n. 942.

Wahl, Précis théorique et pratique de droit maritime, n. 197 et s., et 427 et s.

II

**Monographies relatives au problème général
ou à une clause particulière d'irresponsabilité**

(Les bibliographies particulières à l'acceptation des risques ou au cumul des responsabilités ne sont pas reproduites ici.)

Amiaud, Traité formulaire du notariat, 5^e éd., p. 498.

Arbelet, Clauses de non-responsabilité dans le contrat de transport terrestre.

Armand, Les clauses de non-responsabilité dans les connaissements, Th. Toulouse, 1928 (53).

Aubin, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Th. Bordeaux, 1897 (43).

Averty, Responsabilité des agences de renseignements commerciaux, Th. Paris, 1908.

Bailly, Responsabilité civile des notaires, Th. Lyon, 1907.

Et. Martin, Des dispositions impératives et interprétatives de volonté. Cours doctorat 1925-1926.

E. Beaudonnat, Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes.

Bernis, Le dépôt d'hôtellerie, Th. Bordeaux, 1929.

Bertin, La responsabilité du transporteur de marchandises avant et après la nouvelle rédaction de l'art. 103 C. com., Th. Paris, 1905.

Bonnecase, Le particularisme du droit commercial maritime, n. 64 et s., 139, 140.

E. Boutaud, Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes.

J. Bouteron, Le chèque.

L. Boyer, Essai sur la responsabilité civile des notaires, Th. Lyon, 1919.

Cahen-Fuzier, De l'influence du dol et de la faute lourde..., Th. Paris 1903 (17).

H. Capitant, La responsabilité extracontractuelle, Cours doctorat, 1926-27.

H. Capitant et Cuche, Législation industrielle, p. 292 et 445.

E. Cassan, Des clauses de non-responsabilité, Th. Paris 1929 (15).

R. Chossegros, Du rôle de conseil des notaires, p. 173 et s.

F. Cluzel, Essai sur les clauses de non-responsabilité, Th. Paris, 1913.

A. de Courcy, Questions de droit maritime, II et IV.

Darnis-Gravelle, De la convention internationale sur le transport des marchandises par chemins de fer, Th. Paris, 1903 (53), ch. IV, 121 et s.

E. Emond, La responsabilité des notaires, Th. Paris, 1892 (27).

H. Fromageot, De la faute comme source de la responsabilité, Th. Rennes, 1891.

Gardenat, La responsabilité civile.

Gautier, Des clauses d'irresponsabilité dans le transport maritime, Th. Aix, 1910.

Grandmoulin, De l'unité de la responsabilité, Th. Rennes 1892.

L. Josserand, Des transports en service intérieur, 2^e éd., n. 622 et s., 860 et s., 914 et s.

Lefrançois, La responsabilité du transporteur aérien, Th. Grenoble, 1925.

H. Lalou, La responsabilité civile, 1928, n. 203 et s., 271, 521, 537 et s., 606 et s.

R. Lorient, Des agences de renseignements commerciaux, Th. Paris, 1907.

M. Meigné, Responsabilité et contrat, Th. Lille, 1924.

P. Niboyet, Questions sur la responsabilité, Cours doctorat, 1930-1931, p. 193 et s.

G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, n. 28 et 132 ; — Limites de l'autonomie de la volonté, Cours doctorat, 1929-1930, p. 296 et s., 338 et s.

Robin, Responsabilité contractuelle, 1897 (25), p. 183 et s.

M. Roger, La clause limitative dans le contrat de transport, Th. Paris, 1929.

R. Roger, Manuel pratique et théorique des transports, I.

A. Sachet, Les accidents du travail, p. 418 et s.

Saintelette, Responsabilité et garantie.

R. Saleilles, Etudes sur la théorie générale de l'obligation, 3^e éd., p. 14 et s., et 332.

P. Sardou, Des clauses modificatives de la responsabilité en matière contractuelle, Th. Aix, 1903.

Sauvage, Les clauses de non-responsabilité dans les transports maritimes, Th. Paris, 1910.

Sénamaud, Le rôle de conseil des notaires, Th. Poitiers, 1924, p. 123 et s.

A. Sourdat, Traité général de la responsabilité, I, 673, II, 935, 995.

Stéfani, L'assurance des fautes, Th. Paris, 1923.

Tallavignes d'Angles, La responsabilité dans les connaissements français, Th. Paris, 1918.

Tanazacq, Principes de la responsabilité civile des notaires, Th. Paris, 1900 (38).

Tassel, Réaction contre les clauses d'irresponsabilité dans les contrats de transports, Th. Rennes, 1925 (48).

E. Thaller, Préface à M. Boutaud, Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance des fautes.

G. Tissot, De la responsabilité en matière de navigation aérienne, Th. Paris, 1925.

III

Articles de revue

E. Becqué, Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (Rev. Trim., 1914, 451).

Bérard, Les clauses limitatives de responsabilité en matière de transport (Rev. Int. Ass. Mar., 1930, 73).

Bonnecase, La fonction juridictionnelle de la Cour de cassation et la liberté des jugements des tribunaux de commerce (Sémaphore, 29 décembre 1923).

Les hésitations actuelles de la Cour de cassation en présence des clauses de non-responsabilité en droit maritime sup. (Sémaphore, 10 mars 1927).

La validité des clauses de non-responsabilité des connaissements posée de nouveau en thèse devant la jurisprudence (Sémaphore, 25 mai, 10 juin 1927).

G. Bonnet, Responsabilité contractuelle et délictuelle (Rev. Crit., 1912, 416).

Capitant et Beudant, Esquisse d'une théorie de la responsabilité civile (Ann. Université Grenoble, 1906, 654).

O. Cambron, La responsabilité civile et professionnelle des notaires (Belg. Judiciaire, 1927, 386).

Des clauses préventives usitées dans la pratique notariale belge et française en vue d'écarter la responsabilité du notaire instrumentant (Belg. Jud., 1928, 130).

Ed. Clunet, La clause d'exonération ou d'irresponsabilité dans le nouveau Code maritime du Maroc (Journ. dr. int. privé, 1920, 162).

Crouzel, Responsabilité contractuelle (Rev. générale droit, 1926, 11, 65, 253).

La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence (Rec. Acad. Lég. Toulouse, 1929, 42, 158 et s.).

J. Demey, Les clauses de limitation forfaitaire de responsabilité usitées dans les connaissements (Port Dunkerque, 5 juin 1929).

Demogne, La responsabilité délictuelle entre contractants (Rev. Trim., 1923, 645-660).

Professionisti e non professionisti (Rivista Inter. di filosofia del diritto, I, 5 et s.).

P. Esmein, Les clauses de non responsabilité (Rev. Trim., 1926, 313 et s.).

F. Gény, Clauses d'exonération de responsabilité en matière minière (Rev. Bourguignonne de l'enseign. sup., 1897, p. 151 et s.).

Govarre et Denisse, Les clauses de non-responsabilité dans le contrat de transport (Rev. Int. dr. mar., XVII, 227).

J. Hamel, La loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne (Ann. dr. com., 1925).

A. Kaftal, La responsabilité des dommages causés aux voyageurs dans les transports aériens (Rev. Trim., 1929, 995 et s.).

J.-E. Labbé, Lettre à M. Thaller (Ann. dr. comm., I, 185 et 251).

R. Leray, La valeur d'un connaissement non-signé (Rev. int. dr. mar., XXXIV, 659 et s.).

E. Lévy, Responsabilité et contrat (Rev. crit., 1899, 361).

P. Lesourdier, De la responsabilité de l'exploitant du tréfonds vis-à-vis du propriétaire de la surface (Rev. Trim., 1906, 560).

M. de F., L'unification des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité dans les connaissements (Rev. prat. lég. et jur. trib. com. Seine, 1925, 173).

L. Mazeaud, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (Rev. Trim., 1929).

P. Niboyet, Rapport à la doc. d'études législatives, 1923, 11, 86, 374.

E.-H. Perreau, Clauses de non-garantie, assurance des fautes et clauses pénales (Rev. crit., 1901, 485 et s.).

Des atténuations par actes juridiques aux lois impératives ou prohibitives (Rev. Trim. 1923, 291 et s.).

Déformation des lois par les actes juridiques et des actes juridiques par la jurisprudence.

G. Ripert, Rapport à la société d'études législatives, 1921, 283.

La responsabilité du transporteur aérien (Rev. Jur. Loc. aérienne 1923, 253).

La responsabilité du transporteur maritime devant la jurisprudence (Sémaphore, 7 septembre 1926).

L'autorité de la jurisprudence et l'indépendance des tribunaux de commerce (Rev. Droit français, 10 juin 1927).

Le projet de loi sur les transports maritimes (Sémaphore, 13 juillet 1930).

Sauvage, Les clauses d'exonération des connaissements (Bull. Tr. 1925, 89).

IV

Notes de jurisprudence

Bayard, sous Alger, 19 novembre 1924 (Dor., 12, 578).

Bonnecase, sous Com. Bordeaux, 8 avril 1927 (Rev. Droit français, 25 mai 1927).

Bourcart, note S., 1908, 2, 145 - S. 1910, 1, 185 - S. 1911, 1, 521.

J. Charmont, note S., 1913, 1, 273.

Chauveau, note P., 1890, 2, 1.

Demogue, note Rev. Trim., 1926, 406 - 1916, 508.

Dessertaux, note Rev. Crit., 1929.

Esmein, note S., 1925, 1, 49.

F. Gény, note P. pr., 1900, 1, 241.

L. Hugueney, note S. 1915, 1, 113 - S. 1921, 2, 1 - S. 1929, 1, 297.

L. Jossierand, note D. P. 1929, 2, 17 - D. P. 1930, 1, 25.

J.-E. Labbé, S. 1876, 1, 337 (S. Chron. 76-79, 1, 88) - 1885, 1, 409 - S. 1885, 2, 202 - S. 87, 1, 369.

Levillain, note D. 1894, 1, 563.

H. Lalou, note D. P. 1914, 2, 73 - D. P. 1927, 2, 25.

Ch. Lyon-Cacn, note S. 1895, 1, 161 - S. 1910, 1, 65 - S. 1911, 1, 132.

E.-H. Perreau, note S., 1901, 1, 401.

G. Ripert, note D. P. 1925, 2, 137 - 1926, 1, 5 - 1929, 1, 129. — Dor Sup. 5, 270 et VII, 348 : Circ. Amateurs, n. 1270 - Rev. crit., 1908, 207 - 1910, 40).

R. Roger, note D. P. 1929, 2, 29.

M. Rousseau, note D. P. 1924, 1, 81.

L. Sarrut, note S. 1913, 1, 250 - 1890, 1, 209.

Tissier, note S. 1901, 1, 497.

V

Ouvrages concernant les droits étrangers

On trouvera ici classés un certain nombre d'ouvrages touchant le droit comparé, cités alors même qu'il ne nous a pas été possible de les consulter.

A) Les études de M. Demogue (Obligations, V, 1219 et s. — Fromageot, *op. cit.* 252. — Bontaud, *op. cit.*, 309), contiennent l'état des droits étrangers pour la législation et la jurisprudence interne.

Adde pour le droit maritime (G. Ripert : Dr. Mar., t. II. — Sarut, note D. 1890, 1, 216 *in fine*, et la Bibliographie de la Revue Dor) — et pour le droit aérien l'article de M. A. Kaftal, précité.

B) On peut consulter plus spécialement :

Pour l'Allemagne :

Busch Haffeld, etc., Bürgerlicher Gesetze Buch.

Cosack, Dr. Commercial, II, 352.

H. Döring, Die Enthaftungsklausel im Luftverkehr Zeitschrift für das Gesamte Luftrech, I, 209.

Planck, II, 73.

Pour l'Angleterre :

Stephen's Commentaries on the Law's of England, 19^e édit., t. III et IV.

Halsbury's Laws of England, tenu à jour par des suppléments annuels (V^{1s} Carrier, Common Carrier, etc.).

Pour la Belgique :

O. Cambron, articles précités sur la responsabilité notariale.

De Harven, Des clauses ayant pour but de libérer de la responsabilité (Rev. Dr. belge, 1928, 219 et s.).

Rustaert, La responsabilité civile extra-contractuelle.

Van Ryn, Les clauses de non-responsabilité (Rev. Gén. ass. et resp., 1931, n. 1).

Pour les Etats-Unis :

Bowier's Law dictionnary (V^o Common Carrier).

Pour l'Italie :

Aruch, Limitazione della responsab. (Riv. div. commerc., 1905, 128).

C. A. Cobiانchi, note sous Gênes (13 juillet 1923 : Riv. div. commerc., 1924, 2, 545).

C. A. Cobiانchi, note sous Cass., 24 octobre 1924 (Il dirit. marit., 1924, 712).

C. A. Cobiانchi, note sous Gênes, 29 mai 1925 (Temi Genovese, 1925, 2, 141).

Ruggero Vitale, Diritto e practice commerciale, 1925, 2, 125.

X..., La clause d'irresponsabilité des armateurs pour les fautes du capitaine de l'équipage. Les vols à bord : L'Assicurazione, n. novembre 1928 (231 et s.).

De Perretti Griva, note sous Civ., 6 mai 1929 (Giur. ital., 1929, 1, 967 : Rev. Trim., 1930, 505).

Vidari, Clausolo di non responsab. (Dir. Com., 1904, 515).

Pour la Suisse :

Rossel et Mentha, Manuel de Droit fédéral suisse des obligations, t. III, p. 132, 133.

Schneider et Fick, notes sous les articles 101, 102, 102, 1912.

Pour l'U. R. S. S. :

A. Kaftal, op. cit., 1004, X..., Le nouveau Code maritime russe (Hansa n. 14 décembre 1929) et le Traité du baron Nolde sur la législation civile et commerciale des Soviets.

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros et aux notes

- Absence d'obligation, n. 53.
Abus de droit, n. 87, 95 et s. — V. Dénaturation de la clause.
Acceptation des risques, n. 16 et s.
Accidents forains, n. 24.
Action d'avaries, n. 179.
Agence de renseignements, n. 38, 50, 51, 99, 133 (4, 8), 137 (4)
152.
Allemagne, n. 10 (4, 7), 63 (14), 82 (5), 155 (1, 2, 3), 168. —
V. Jurisprudence allemande.
Angleterre, n. 10, 63 (14), 105, 135 (19), 152 (1), 155 (2), 159
(2), 160 (4), 172 (5 et 7). — V. Jurisprudence anglaise.
Argentine, n. 82 (5), 139 (1).
Arrêts. — Chambre de Commerce du Havre c. Currie, n. 91.
Compagnie Générale Transatlantique c. Soc. Usines Renault, n. 92
Docks Sursol, n. 133, 137, 193.
Garman, n. 128 (32), 160 (5), 161 (6).
Hurtault, n. 27, 184.
Le Gualès de Mézaubran, n. 133, 137 (5).
Pellerin, n. 137, 157 (7), 192.
Schimmelpfeng, n. 137 (4), 168.
Teissier, n. 180, 181.
Assurance, n. 94, 191 et s., 197.
Attribution conventionnelle d'un risque, n. 105 et s.
Banquier, n. 39, 52, 79.
Belgique, n. 135 (18). — V. Jurisprudence belge.
Bulletin de garantie, n. 81 (2), 82, 93, 135.
Bureau Véritas, n. 133 (1), 152.
Cas fortuit, n. 46, 72 et s., 128, 147.
Cause, n. 92, 161, 162.

- Chèques, n. 133 (6).
- Clause d'association d'assurance et de clause d'exonération, n. 30, 191 et s.
- Clause « at owner's risks », n. 17, 26.
- Clause d'avaries, n. 45.
- Clause de chargement ou de déchargement par l'expéditeur ou le destinataire, n. 93 (19 et s.), 135.
- Clause de constatation de l'état d'une chose, n. 81 (2).
- Clause de déplacement de la garde, n. 109 et s., 117.
- Clause de déplacement de préposition, n. 102 et s.
- Clause de cessation de responsabilité à la remise au premier transporteur, n. 39.
- Clause de dépôt au porteur, n. 49 (1).
- Clause de dépôt en douane, n. 39.
- Clause dès que possible, n. 46.
- Clause de destruction d'une obligation contractuelle, n. 66.
- Clause de limitation des fonctions, n. 103.
- Clause de livraison à la demande de l'acheteur, n. 47.
- Clause de non-garantie d'éviction, n. 69, de contenance, n. 41, des objets non déposés, n. 79, des vices cachés, n. 70.
- Clause de qualité loyale et marchande, n. 47.
- Clause de renseignements purement indicatifs des agences de renseignements, n. 50, des banquiers, n. 52, des journaux financiers, n. 51, 80 (1).
- Clause de remplacement des pièces défectueuses, n. 70.
- Clause de style, n. 15.
- Clause de substitution de prestations, n. 49 et s.
- Clause de substitution de responsabilité, n. 47.
- Clause d'exonération de responsabilité (Charge de la preuve d'application de la), n. 173. — Distinction de la clause d'exonération de responsabilité et de : l'assurance des fautes, n. 124 et s.; — la clause conférant l'abus, n. 166 ; — la clause de détermination des obligations conventionnelles, n. 119, 122, 177 ; — la clause de déplacement du lieu de commission, n. 102 ; — la clause d'exonération des dommages résultant de l'exploitation d'une mine, n. 87 ; — la clause d'extension des cas fortuits, n. 76 ; — la clause de limitation des fonctions, n. 103 ; — des clauses poids inconnu, n. 82.
- Clause d'exonération du retard, n. 133 (5).
- Clause d'exonération des dommages causés par les lapins, n. 88.
- Clause d'exploitation régulière de la mine, n. 86.
- Clause d'extension des cas fortuits, n. 46, 72 et s.
- Clause d'indétermination d'un élément du contrat, n. 40 et s.
- Clause d'indétermination du délai de livraison, n. 46.

Clause d'information de presse à titre documentaire, n. 51, 80 (1).

Clause embarquement au plus tôt, n. 46 ; — dès que le vendeur pourra, n. 46 ; — immédiat, n. 46 ; — sur premier vapeur, n. 46.

Clause environ, n. 43, 44.

Clauses imprimées et clauses manuscrites, n. 11.

Clause limitant l'étendue des obligations, n. 174.

Clause limitative, n. 70, 122, 135, 139 et s., 175, 176, 194.

Clause pénale, n. 122, 175.

Clause que dit être, poids, contenu inconnu, n. 82, 135.

Clause relative à la faute du créancier, n. 77 ; — à la faute du débiteur, n. 99 ; — à la faute de la victime, n. 100 ; — à la personne humaine, n. 30, 135, 177.

Clause sans comptage, n. 135.

Clause sans garantie des effets de commerce, n. 49 (1).

Clause sauf agréage, n. 47.

Clause sous palan, n. 39.

Clause 10 % en plus ou en moins, n. 44.

Commissionnaire, n. 135 (11).

Compétence technique, n. 107.

Concours de l'armateur à la faute du capitaine, n. 34.

Concurrence internationale, n. 134 (1).

Conflit de lois, n. 183.

Connaissance de la clause, n. 9, 10.

Contrat d'adhésion, n. 9.

Contrôle de la Cour de cassation sur la garde, n. 118 ; — sur la faute lourde, n. 167 (4, 5, 6, 17) ; — sur la préposition, n. 118.

Convention de Berne, n. 135, 183.

Convention de Bruxelles, n. 135 (17), 139 (1).

Convention de Varsovie, n. 160, 197.

Convention sur la preuve, n. 147.

Cumul de responsabilités, n. 149, 156 et s.

Déclaration de nature, n. 143 (5).

Déclaration de valeur, n. 143 (5), 159.

Danemark, n. 135 (21).

Déménageurs, n. 135 (11).

Destruction des obligations, n. 128 (12).

Dénaturation de la clause, n. 44, 46, 95 et s., 180.

Dépôt, n. 38, 132 (5), 133 (2).

Développement historique de la jurisprudence, n. 132.

Dol, n. 10, 43, 144, 153, 166.

Droit romain, n. 120, 154 (2, 7 et s.), 167 (21).

- Droit soviétique, 184 (2).
 V. Allemagne, Angleterre, Argentine, Belgique, Suisse, et Jurisprudence allemande, etc.
 Éléments essentiels du contrat, n. 85 et s.
 Etablissements thermaux, n. 67.
 Etats-Unis, n. 67, 171 (35).
 Exercices sportifs, n. 29.
 Explication historique de la jurisprudence du renversement de la preuve, n. 146.
 Explication juridique du renversement de la preuve, n. 147.
 Exposition, n. 133 (1).
 Faute de la victime, n. 21, 24, 50 (6).
 Faute lourde, n. 20 et s., 29 (5), 133, 140, 144, 167 et note 3.
 Faute lucrative, n. 144.
 Faute pénale, n. 153.
 Faute personnelle (en droit administratif), n. 153 (3).
 Force majeure. — V. Cas fortuit.
 Garagiste, n. 107.
 Garde, n. 115 et s.
 V. Contrôle de la Cour de cassation.
 Généralité de la clause, n. 180 (21).
 Grèce, n. 137 (21).
 Harter Act, n. 135, 139 (1), 171 (30).
 Hollande, n. 171 (31).
 Hôtelier, n. 9, 38, 58, 67, 79 (6 et s.).
 Immoralité de la clause d'exonération, n. 164.
 Indicateur de chemins de fer, n. 8.
 Influence de la nullité de la clause sur le contrat, n. 147.
 Intention des parties, n. 147, 161 (7), 179; — V. Dénaturation de la clause.
 Interprétation des clauses d'exonération, n. 14, 15, 144, 147, 179.
 Italie, n. 135 (20), 139 (1).
 Japon, n. 135 (21).
 Journaux financiers, n. 51, 80 (1), 152.
 Jurisprudence allemande, n. 75 (6), 123 (3), 172 (2).
 Jurisprudence anglaise, n. 70 (5), 179 (3 et s.).
 Jurisprudence belge, n. 70, (7 et 14), 75 (6), 81 (21), 82 (5, 6), 151, 153 (4), 154 (8), 155, 169, 171, 172 (5), 177 (1).
 Jurisprudence égyptienne, n. 75 (6), 172 (5).
 Jurisprudence italienne, n. 64 (1), 75 (6), 82 (3 et s.), 159, 167 (20), 169 (4), 171, 180.
 Limitation des fonctions du préposé, n. 103.
 Location d'une grue, n. 107.

- Louage de services, n. 6, 39, 94.
Manèges forains, n. 38, 135 (11).
Modification du droit de la responsabilité, n. 197.
Monopole, n. 131.
Négligence clause, n. 134, 170, 172, 279.
Nullité de la clause, n. 135, 180 (15), 190.
Obligation — de moyen, n. 54 et s., 147; — de sécurité, n. 17, 24, 26, 38, 94; — détermination jurisprudentielle du contenu de l'obligation, n. 38; — professionnelle, n. 83, 93; — sous condition potestative, n. 46, 68, 77, 86, 89, 97, 162.
Ordre public, n. 94, 177, 183.
Pacte analogue à l'assurance, n. 123, 191 et s.
Participation à l'usage, n. 31.
Patron, n. 38.
Préposé n. 103 et s; — V. Responsabilité contractuelle du fait d'autrui.
Présomption de faute en matière contractuelle, n. 35, 55, 146.
Projet — de la Branche française de l'Association de Droit maritime international, n. 138 (28) ; — de la Commission de la marine marchande, n. 135 et 138 ; — franco-italien du Code des obligations, n. 171; — Roux Freyssinencq, n. 135 (27).
Propre assureur, n. 193.
Radiothérapie, n. 33.
Règlement de la Chambre syndicale des entrepreneurs, n. 67.
Relations de voisinage, n. 87.
Renseignements gratuits, n. 63.
Renversement de la preuve, n. 138, 147 et s.
Réquisition d'un tarif spécial, n. 143 (5).
Responsabilité contractuelle du fait d'autrui, n. 102, 128 ; — délictuelle du fait d'autrui, n. 100 et s.
Responsabilité délictuelle : Caractère d'ordre public, n. 115, 154 et s. — Rapports de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, n. 6, 33, 149. — V. Cumul. Sous-jacence de la responsabilité délictuelle.
Responsabilité des compagnies de chemins de fer pendant la guerre, n. 174.
Responsabilité médicale, n. 33, 38, 56 (1), 177.
Responsabilité notariale, n. 83, 93.
Responsabilité professionnelle, n. 83, 93, 115, 177.
Retirement, n. 47.
Risque contractuel, n. 17 ; — transfert conventionnel des risques contractuels, n. 39.
Services gratuits, n. 30, 33, 63, 161.

Servitude, n. 87, 88.

Scission du contrat de transport, n. 153 (23).

Signature du **connaissance**, n. 12.

Simulation, n. 108, 112, 134.

Solidarité des coauteurs d'un délit, n. 181.

Sous-jacence de la responsabilité délictuelle, n. 147.

Substitution de responsabilité, n. 186 et s.

Tchécoslovaquie, n. 10 (21).

Tiers (Effets de la clause de non-responsabilité à l'égard des), n. 181, 182.

Transmissibilité de l'action contractuelle, n. 181 (6).

Transport, n. 7, 10 ; — aérien, n. 26 (2), 132 (4) ; — aérien international, n. 197 (3) ; — fluvial, n. 132 (2), 135 (12), 136 ; — internationaux, n. 135 ; — maritime, n. 132 (7), 133 (10). — V. Négligence clause. — Transport terrestre, n. 44, 132 (2), 133 (8), 135, 198.

Transport gratuit, n. 28 et s.

Unité de la faute, n. 155.

Vendeur professionnel, n. 52, 70, 177 (17).

Vente Caf., n. 17, 39.

Vente commerciale, n. 39, 44.

Vices cachés, n. 9.

Vorsatz, n. 168.

Wagons découverts, n. 17.

Wagons réservoirs, n. 135 (13).

II. — TABLE DES ARTICLES

France

CODE CIVIL

Les références renvoient aux numéros et aux notes.

6. — 122.

686. — 87.

1134. — 38, 122, 163.

1137. — 61, 167.

1147. — 35, 36, 87, 181.

1150. — 140, 149 (7), 153.

1156-1157. — 161.

1238. — 77.

1302. — 167.

1327. — 122.

1382. — 31 et s., 35, 36, 55, 56, 63, 87, 115, 149, 150 à 154 et s.

1384, al. 1^{er}. — 31 et s., 109, 149, 151, 157, 181, 184, 189.

1384, al. 3 et 4. — 100 et 9.

1385. — 27, 32, 33, 151, 184.

1386. — 183, 184.

1587. — 47.

1615. — 70.

1619. — 42.

1620. — 43.

1627 et s. — 122.

1628. — 87.

1629. — 69.

1643. — 70, 122.

1646. — 70.

1780. — 121, 135 (15), 160.

1784. — 131.

1788. — 39.

1811. — 17.

1891. — 154.

CODE DE COMMERCE

1927-1928. — 63, 167.

1953, al. 2. — 58, 79, 143.

1992. — 63, 167.

2044-2046. — 222.

2270. — 152.

98. — 131, 135 (11).

100. — 39, 168.

102. — 139.

103. — 121, 135, 160, 183.

107. — 181.

230. — 172.

353. — 123, 134, 171 (26).

CODE INSTRUCTION CRIMINELLE

3. — 153.

Allemagne

C. civ., § 138. — 160, 168.

C. civ., § 276. — 136 (3), 168.

C. civ., § 278. — 128 (13), 136 (3), 168.

C. civ., § 823. — 168 (1).

C. civ., § 828. — 21.

C. com., § 423. — 160 (2), 168.

Italie

C. com., 416. — 159.

C. com. 446. — 171 (29).

C. com. 618. — 171 (27).

Projet franco-italien de Code des obligations

105. — 171.

III. — LOIS

France

- L. 9 avril 1898, art. 30, n. 17, 33, 93, 121, 135 (14), 183.
- L. 17 mai 1905, n. 17, 121.
- L. 3 mai 1924, n. 135, 136.
- L. 1^{er} juin 1924, n. 136 (3).
- L. 10 mars 1930, n. 89, 121, 183.
- L. 13 juillet 1930, n. 123, 191, 192.

Angleterre

- Railway and Canal Traffic Act, n. 185 (4), 160 (4).
- Road Traffic Act, 1^{er} août 1930, n. 159 (2).

Belgique

- L. 25 août 1891, n. 171.
- L. 24 décembre 1903, n. 171.
- L. 28 novembre 1928, n. 171.

Espagne

- L. 1^{er} février 1887, n. 160 (2).

Hollande

- L. 22 décembre 1924, n. 171 (31).

Tchécoslovaquie

- L. 8 juillet 1928, n. 128 (12).

IMPRIMERIE DU DROIT. — CHOISY-LE-ROI. — 3430
